

الجوهرة النيرة

شرح لمختصر الإمام القدوري ٣٦٢ - ٤٢٨ هـ

في الفقه الحنفي

للإمام أبي بكر بن علي الحدّاد

٧٢٠ - ٨٠٠ هـ

رحمه الله تعالى

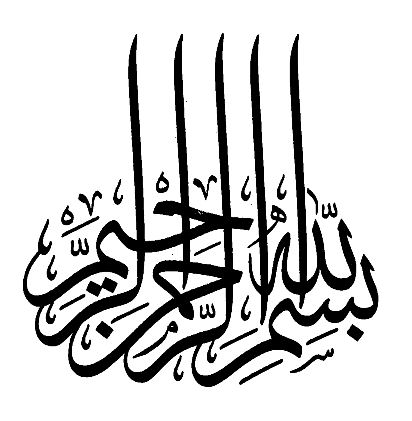
تحقيق

أ.د. سائد بكداش

الجزء الرابع






بسم الله الرحمن الرحيم



للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية

شركة غير ربحية أسستها المصارف الإسلامية في دولة قطر، وهي شركة تعنى بالبحوث والدراسات التي تخدم تطور الصناعة المصرفية الإسلامية وفق آخر المستجدات الفقهية وتعمل على إعداد دليل عمل إلزامي يستند إلى معايير وضوابط شرعية موحدة لكل منتج وتعمل على تنميط العقود الشرعية، والله نسأل أن يجعل شركة «دراسات» حصناً من حصون الدفاع عن دينه وشرعه، وأن يوفق القائمين عليها إلى ما فيه الخير والرشاد

د. وليد بن هادي

رئيس هيئة الرقابة الشرعية

المشرف العام على شركة «دراسات»

□ **الجوهرة النيرة**
شرح لمختصر الإمام القدوري في الفقه الحنفي
تأليف : الإمام أبي بكر بن علي الحداد
تحقيق : الأستاذ الدكتور سائد بكداش
الطبعة الأولى : ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

قياس القطع : ١٧ × ٢٤

الناشر

دراسات

شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية
Research Studies & Consulting Islamic Banking
الدوحة - قطر

التنفيذ الطباعي والتوزيع

أروقة للدراسات والنشر
هاتف وفاكس : ٤٦٤٦١٦٣ (٠٠٩٦٢٦)
ص.ب : ١٩١٦٣ عمّان ١١١٩٦ الأردن
البريد الإلكتروني : info@arwiqa.net
الموقع الإلكتروني : www.arwiqa.net

كتاب الكفالة

الكفالةُ ضربان : كفالةٌ بالنفس، وكفالةٌ بالمال.

فالكفالةُ بالنفس جائزةٌ، والمضمونُ بها : إحضارُ المكفول به.

كتاب الكفالة

الكفالةُ في اللغة هي: الضمُّ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾. آل عمران/٣٧: أي ضمَّها إلىٰ نفسه؛ للقيام بأمرها.

ـ وإنما سُمِّيت الكفالة بذلك؛ لأنها ضمُّ إحدىٰ الذمتين إلىٰ الأخرىٰ.

ـ وفي الشرع: عبارةٌ عن ضَمِّ ذمةٍ إلىٰ ذمةٍ في المطالبة، دون الدَّيْن، بل أصل الدَّيْن في ذمة الأصيل علىٰ حاله.

* قال رحمه الله تعالىٰ: **(الكفالةُ علىٰ ضربين: كفالةٌ بالنفس، وكفالةٌ بالمال، فالكفالة بالنفس جائزةٌ)**، سواءٌ كانت بأمر المكفول عنه، أو بغير أمره، كما تجوز في المال.

ـ فإن قيل: إذا تكفَّل بغير أمره: لم يقدر علىٰ إحضاره؛ لأن للمطلوب أن يَمتنع عليه.

قلنا: إنه يقدر علىٰ إحضاره، ولكن لا يلزم ذلك المطلوب، وجوازُ الكفالة موقوفٌ علىٰ إمكان الأداء، دون استحقاقه.

* قوله: **(وعلىٰ الضامن بها: إحضارُ المكفول به)**؛ لأن الحضور هو

وتنعقدُ إذا قال : تكفَّلتُ بنفس فلانٍ، أو : برقبته، أو : برُوْحـه، أو : بجسده، أو : برأسه، أو : بنصفه، أو : بثلثه.

وكذلك إن قال : ضَمِنتُه، أو : هو عليَّ، أو : إليَّ، أو : أنا به زعيمٌ، أو : قَبِيلٌ به.

الذي لزم المكفولَ به، وقد التزمه الكفيل.

وإن لم يُحضِرْه وهو يقدر علىٰ إحضاره: ألزمه الحاكمُ ذلك، فإن أحضره، وإلا: حَبَسَه؛ لأن الحضورَ توجَّه عليه.

* قوله: (وتنعقد إذا قال: تكفَّلتُ بنفس فلان، أو: برقبته، أو: بروحه، أو: بجسده، أو: برأسه)، أو بوجهه، أو ببدنه؛ لأن هذه الألفاظ يُعبَّر بها عن جميع البدن.

* قوله: (أو بنصفه، أو: بثلثه).

ـ وكذا بأي جزءٍ منه؛ لأن النفس الواحدة لا تتجزأ، فكان ذِكرُ بعضها شائعاً: كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال: تكفَّلتُ بيد فلان، أو: برِجله؛ لأنه لا يُعبَّر بهما عن جميع البدن.

ـ وأما إذا أضاف الجزءَ إلىٰ الكفيل، بأن قال الكفيل: كَفَلَ لك نصفي أو ثلثي: فإنه لا يجوز. كذا في «الكرخي»، ذكره في باب الرهن.

* قوله: (وكذلك إذا قال: ضمنتُه لك، أو: هو عليَّ، أو: إليَّ، أو: أنا زعيمٌ به، أو: كفيلٌ به، أو: قَبِيلٌ به)، أو أنا ضامنٌ بوجهه.

ـ أما إذا قال: أنا ضامنٌ بمعرفته: فهو باطلٌ.

فإن شَرَطَ في الكفالة تسليمَ المكفول به في وقتٍ بعينه : لزمه إحضارُه إذا طالبه به في ذلك الوقت.

فإن أحضره، وإلا : حَبَسَه الحاكم.

وإن أحضره، وسلَّمه في مكانٍ يَقْدِرُ المكفولُ له علىٰ محاكمته : برئ الكفيلُ من الكفالة.

ـ وإن قال: تكفَّلتُ به ثلاثة أيام: روي عن محمد: أنه كفيلٌ أبداً، إلا أن يقول: فإن مضت فأنا بريءٌ: فيكون الأمر علىٰ ما شَرَط. كذا في «الينابيع».

* قوله: (فإن شَرَطَ في الكفالة تسليمَ المكفول به في وقتٍ بعينه: لزمه إحضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت، فإن أحضره، وإلا: حَبَسَه الحاكم.

وإذا أحضره، وسلَّمه في مكانٍ يقدر المكفول له علىٰ محاكمته: برئ الكفيل من الكفالة).

ـ فإن كان المكفولُ به غائباً عن البلد: أمهله الحاكم مدة المسافة ذاهباً وجائياً، فإن مضت، ولم يُحضِره: حَبَسَه.

ـ وهذا إذا علم الكفيل مكانَه، أما إذا لم يعرف مكانه: سقطت المطالبة إلىٰ أن يعرف مكانه.

ـ وإن سَلَّم المكفولُ به بالنفس نفسَه إلىٰ المكفول له بجهة الكفالة: يُجبر علىٰ قبوله، حتىٰ إنه يبرأ الكفيلُ.

وإذا تكفَّل به علىٰ أن يسلِّمه في مجلس القاضي، فسلَّمه في السوق: برئ، وإن سلَّمه في بَرِّيَّةٍ: لم يبرأ.

ـ وهذا إذا كانت الكفالة بالأمر، أما إذا كانت بغير الأمر: لا يبرأ. كذا في «الفوائد».

ـ ولو أن ثلاثةً كَفَلوا بنفس رجل كفالةً واحدة، فأحضره أحدُهم: برئوا جميعاً.

ـ وإن كانت الكفالةُ متفرقةً: لم يبرأ الباقون؛ لأن كلَّ عقدٍ أوجب إحضاراً علىٰ حِدَة.

ـ وإن تكفَّل ثلاثةٌ بمالٍ كفالةً واحدةً أو متفرقةً، فأدَّىٰ أحدُهم جميعَ المال: برئ الباقون.

* قوله: (وإذا تكفَّل به علىٰ أن يُسلِّمه في مجلس القاضي، فسلَّمه في السوق: برئ)؛ لحصول المقصود.

وقيل: في زماننا لا يبرأ؛ لأن الظاهر المعاونةُ علىٰ الامتناع، لا علىٰ الإحضار.

ـ وكذا إذا سلَّمه في نواحي البلد الذي ضَمِنَ له فيه: فهو علىٰ هذا.

* قوله: (وإن سلَّمه في برِّيَّة: لم يبرأ)؛ لأنه لا يقدر علىٰ المحاكمة فيها، ولا علىٰ إحضاره إلىٰ القاضي.

ـ وكذا إذا سلَّمه في السَّواد؛ لعدم قاضٍ يَفصِل الحكم به.

وإذا ماتَ المكفولُ به : برئ الكفيلُ بالنفس من الكفالة .

وإذا مات المكفولُ له : لم يبرأ .

ـ وإن سلَّمه في مصرٍ آخر غير المصر الذي كَفَلَ فيه: فإنه يبرأ عند أبي حنيفة؛ للقدرة علىٰ المخاصمة فيه.

وعندهما: لا يبرأ؛ لأنه قد يكون شهودُه فيما عيَّنه.

قلنا: ولعل شهودَه في هذا المصر أيضاً، فتعارضت الموهِمات.

ـ ولو سلَّمه في السجن، وقد حَبَسَه غير الطالب: لا يبرأ؛ لأنه لا يقدر علىٰ المحاكمة فيه.

* قوله: (وإذا مات المكفولُ به: برئ الكفيل بالنفس من الكفالة)؛ لعجزه عن إحضاره.

ـ وكذا إذا مات الكفيل؛ لأنه لم يبق قادراً علىٰ تسليم المكفول به بنفسه، ومالُه لا يَصلح لإيفاء هذا الواجب، بخلاف الكفيل بالمال.

* قوله: (وإذا مات المكفولُ له: لم يبرأ[1]) الكفيلُ من الكفالة، وعليه أن يُسلِّمه إلىٰ ورثته.

ـ فإن سلَّمه إلىٰ بعضهم: برئ من الكفالة له خاصةً، وللباقين أن يطالبوه بإحضاره.

---

(١) هذه الجملة من متن مختصر القدوري لم تأت إلا في نسخة ٦١١هـ من القدوري، وأما في نسخ الجوهرة، فمثبتةٌ في بعضها، دون بعض.

وإن تكفَّل بنفسه علىٰ أنه إن لم يُواف به في وقت كذا: فهو ضامنٌ لما عليه، وهو ألفٌ، فلم يُحْضره في الوقت: لزمه ضمانُ المال، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس.

ولا تجوز الكفالةُ بالنفس في الحدود، والقصاص عند أبي حنيفة، وقالا: تجوز.

ـ فإن كانوا صغاراً: فلوصيِّهم أن يطالبه بإحضاره.

فإن سلَّمه إلىٰ أحد الوصيين: بريء في حقه، وللآخر أن يطالبه. كذا في «الينابيع».

* قوله: (وإذا تكفَّل بنفسه علىٰ أنه إن لم يُوافِ به في وقت كذا فهو ضامنٌ لما عليه، وهو ألفٌ، فإن لم يُحضِره في الوقت: لزمه ضمانُ المال، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس).

ـ وعلىٰ هذا إذا تكَفَّلَ لامرأةٍ بنفس زوجها، فإن لم يوافِ به غداً فعليه صداقها: فهو جائزٌ، فإن لم يوافِ به: لزمه الصداقُ، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس؛ لأنه ضمَّ إلىٰ الكفالة بالمال الكفالةَ بالنفس، فإذا وفَّىٰ أحدَهما: بقيَ عليه الآخر.

ـ وقوله: ولم يبرأ من الكفالة بالنفس:

فإن قيل: ما الفائدةُ في ذلك، وقد حصل المقصود، وهو البراءة من ضمان الألف؟

قلنا: لجواز أن يكون عليه دينٌ آخر.

* قوله: (ولا تجوز الكفالةُ بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة)؛ لأن الكفالة للتوثُّق، وهو مأمورٌ بدرء الحدود، وتَرْك التوثق.

(وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز).

وأما الكفالة بالمال: فجائزةٌ، معلوماً كان المالُ المكفولُ به، أو مجهولاً، إذا كان دَيْناً صحيحاً عليه، مثلُ أن يقول: تكفَّلتُ عنه بألفٍ، أو: بما لَكَ عليه، أو: بما يُدْرِكك في هذا البيع.

ـ وفي «الهداية»[1]: معناه: لا يُجبر علىٰ الكفالة عند أبي حنيفة.

وعندهما: يُجبر في حد القذف؛ لأن فيه حقَّ العبد، وفي القصاص؛ لأنه خالصُ حقِّ العبد، فيَليقُ بهما الاستيثاقُ، بخلاف الحدود الخالصةِ لله تعالىٰ، كحد الزنا والشرب.

ـ ولو سمحتْ نفسُه[2] بإعطاء الكفيل: يصح، بالإجماع.

وصورتُه: إذا ادعىٰ علىٰ رجل حقاً في قذف، فأنكره، فسأل المدعي القاضي أن يأخذ منه له كفيلاً بنفسه:

فعند أبي حنيفة: لا يُجيبُه إلىٰ ذلك، ولكن يقول له: لازِمْه ما بينك وبين قيامي، فإن أحضر شهودَه قبل قيام القاضي، وإلا: خلَّىٰ سبيلَه.

وعندهما: يأمره بأن يُقيم له كفيلاً بنفسه؛ لأن الحضور مستَحقٌّ عليه؛ لسماع البينة، والكفيل إنما يَضمن الإحضارَ.

ـ وأما نفس الحدود والقصاص: فلا تجوز الكفالة بها في قولهم جميعاً؛ لأنه لا يُمكن استيفاؤها من الكفيل.

* قوله: (وأما الكفالةُ بالمال: فجائزةٌ، معلوماً كان المالُ المكفولُ به، أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً، مثل أن يقول: تكفَّلتُ عنه بألفٍ، أو بما لَكَ عليه، أو بما يُدرِكك من شيءٍ في هذا البيع).

---

(١) ٣/٨٩.

(٢) أي نفس المدعىٰ عليه من غير جبر عليه. البناية ١١/١٢٩.

والمكفولُ له بالخيار: إن شاء طالَب الـذي عليـه الأصـلُ، وإن شـاء طالَب كفيلَه.

ويجوز تعليقُ الكفالة بالشرط، . . . .

لأن مبنىٰ الكفالة علىٰ التوسع، فتحتمل الجهالة.

ـ وقوله: إذا كان ديناً صحيحاً: مثل أثمان البياعات، وأروش الجنايات، وقِيَم المستهلكات، والقرض، والصداق.

واحترز بذلك عن بدل الكتابة، فإنه لا تجوز الكفالة به؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن يَثبت المالُ في ذمة الكفيل، بخلاف ما في ذمة المكفول عنه؛ لأن للعبد إزالتَه عن نفسه بالعجز من غير أداء، والكفيلُ لا يبرأ إلا بالأداء.

* قوله: **(والمكفولُ له بالخيار: إن شاء طالَب الذي عليه الأصلُ، وإن شاء طالب كفيلَه)**؛ لأن الكفالة ضمٌّ ذمةٍ إلىٰ ذمةٍ في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول، لا البراءة عنه، وله أن يطالبهما جميعاً؛ لأن مقتضاها الضمُّ.

* قوله: **(ويجوز تعليق الكفالة بالشرط)**.

يعني إذا كان الشرط سبباً له، وملائماً له، مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحقِّ، كقوله: ما بايعتَ فلاناً، أو داينتَه، أو ما ثبتَ لك عليه: فأنا ضامنٌ به.

ـ أما إذا كان شرطاً ليس له تعلُّقٌ بذلك: لم يجز، كقوله: إن دخلت الدار فأنا ضامنٌ لكَ ما لَكَ علىٰ فلان: لم يجز الشرط.

مثلُ أن يقول: ما بايعتَ فلاناً: فعليَّ، أو: ما ذاب لك عليه: فعليَّ، أو: ما غَصَبَك فلانٌ: فعليَّ.

وإذا قال: تكفَّلتُ بما لَكَ عليه، فقامت البينةُ بألفٍ عليه: ضمنه الكفيل.

ـ وأما المال: فيلزم الكفيلَ حالاً.

ـ وإن تكفَّل إلىٰ أجلٍ: إن كان أجلاً معيناً يتعارفُه التجار: جاز، وإلا: فلا.

ـ وإن تكفل إلىٰ الحصاد أو الدياس أو القِطاف: جاز.

ـ وإن قال: إلىٰ أن تُمطر السماءُ: فالكفالة جائزةٌ، والتأجيل باطلٌ، ويجب المال حالاً.

* قوله: (مثل أن يقول: ما بايعتَ فلاناً: فعليَّ، أو: ما ذاب لك عليه): أي تقرر: (فعليَّ).

ـ إنما قال فلاناً: ليُعلَم المكفولُ عنه؛ لأن جهالتَه تَمنع صحةَ الكفالة، حتىٰ لو قال: ما بايعتَ من الناس فأنا ضامنٌ له: لم يجز؛ لجهالة المكفول عنه، والمكفولِ به، فتفاحشتِ الجهالةُ، بخلاف الأول. كذا في «شاهان».

ـ وإن قال: ما ذابَ لك علىٰ أحدٍ من الناس فهو عليَّ: لم تصح؛ لجهالة المضمون عنه.

ـ وكذا إذا قال: ما ذاب عليك لأحدٍ من الناس فهو عليَّ: لم تصح؛ لجهالة المكفول له.

* قوله: (وإذا قال: تكفَّلتُ بما لَكَ عليه، فقامتِ البينةُ عليه بألفٍ: ضمنه الكفيل).

وإن لم تقم البينةُ : فالقولُ قولُ الكفيل مع يمينه في مقدار ما يَعترف به .

فإن اعترف المكفولُ عنه بأكثرَ من ذلك : لم يُصدَّق علىٰ كفيله .

وتجوز الكفالةُ بأمر المكفول عنه ، وبغير أمره .

فإن كَفَل بأمره : رجَعَ بما يؤدِّي عليه .

إنما صحَّت الكفالةُ بالمجهول؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾. يوسف/٧٢: أي كفيلٌ، وحِمْلُ البعير مجهولٌ، قد يزيد، وقد ينقص.

* قوله: (وإن لم تقم البينةُ: فالقول قول الكفيل، مع يمينه في مقدار ما يَعترف به)؛ لأنه الملتزِمَ له، وهو منكرٌ للزيادة، والقول قول المنكر، مع يمينه.

* قوله: (وإن اعترف المكفولُ عنه بأكثر من ذلك: لم يُصدَّق علىٰ كفيله)؛ لأنه إقرارٌ علىٰ الغير، ولا ولاية له عليه، ويُصدَّق في حق نفسه؛ لولايته عليها.

* قوله: (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه، وبغير أمره)؛ لأنه التزم المطالبةَ، وهو تصرُّفٌ في حق نفسه، وفيه نَفْعُ الطالب، ولا ضرر فيه علىٰ المطلوب بثبوت الرجوع، إذ هو عند أمره.

* قوله: (فإن كَفَلَ بأمره: رجع بما يؤدي عليه).

ـ هذا إذا كان الآمِرُ ممن يجوز إقراره علىٰ نفسه بالديون، ويملك التبرع، حتىٰ لو كان صبياً محجوراً عليه أَمَرَ رجلاً بأن يكفل عنه: فالكفالة

. . . .

صحيحةٌ، ولكن إذا أدىٰ: لا يرجع عليه.

وصورةُ المسألة: أن يقول الرجلُ لرجلٍ: اضمن لفلانٍ عني بالألف الذي له علي.

ـ أما إذا قال: اضمن الألف الذي لفلانٍ علي، ولم يقل: عني: لا يرجع عليه عندهما.

وقال أبو يوسف: إن كان حَرِيفاً له: فله أن يرجع عليه.

وروي عنه: أنه لا يَرجع عليه، سواء كان حَرِيفاً له، أو لم يكن.

ـ وإن كان المأمورُ خليطاً له: رجع عليه، إجماعاً؛ استحساناً.

والخليط هو: الذي في عياله، كالوالد الذي هو في عياله وولده وزوجته، ومَن في عياله من الأجراء، والشريك شركة عنان.

وقيل: الخليطُ: الذي يأخذ منه ويعطيه، ويداينه، ويضع عنده المال.

ـ ولو تكفل العبدُ عن مولاه بأمره، فعتق، ثم أدىٰ: لم يرجع به عندنا، خلافاً لزفر.

ـ وقوله: رجع بما يؤدي عليه: هذا إذا أدىٰ مثلَ الدين الذي ضمنه قدراً وصفةً، أما إذا أدىٰ خلافَه: رجع بما ضمن، لا بما أدىٰ، كما إذا تكفل بصحاحٍ أو جيادٍ، فأدىٰ مكسَّرةً أو زيوفاً، وتجوَّز بها الطالب.

أو أعطاه دنانير أو مكيلاً أو موزوناً: رجع بما ضمن، أي بالصحاح والجياد، ولا يرجع بما أدىٰ؛ لأنه ملك الدين بالأداء، بخلاف المأمور

وإن كَفَل بغير أمره: لم يرجع بما يؤدِّيه.

وليس للكفيل أن يطالب المكفولَ عنه بالمال قبل أن يؤدِّيَه عنه.

فإن لُوزِمَ بالمالِ: كان له أن يلازم المكفولَ عنه حتىٰ يخلِّصه.

بقضاء الدين، حيث يَرجع بما أدىٰ؛ لأنه لم يجب عليه شيءٌ حتىٰ يملك الدينَ بالأداء.

* قوله: (وإن كَفَلَ عنه بغير أمره: لم يرجع بما يؤدِّيه عليه)؛ لأنه متبرِّعٌ بأدائه.

ـ وعلىٰ هذا قالوا: فيمن كَفَلَ لرجلٍ بألفٍ بغير أمره، ومات الطالب، والكفيلُ وارثُه: برئ الكفيلُ؛ لأن ما في ذمته انتقل إليه بالإرث، ومَلَكَه.

ـ وإن كَفَلَ عنه بأمره: فالمالُ لازمٌ للمكفول عنه علىٰ حاله؛ لأنه لمَّا كفل عنه بأمره: لم يكن متبرِّعاً، ولهذا لو دفع المال عنه: رجع عليه.

ولو وهب له الطالبُ المالَ: يرجع بذلك عليه إذا كانت الكفالة بأمره.

وإن كفل عنه بغير أمره: فلا شيء عليه؛ لأنه تبرع عليه بالكفالة، ولهذا لو أدىٰ عنه: لم يرجع عليه. كذا في «شرحه».

* قوله: (وليس للكفيل أن يطالب المكفولَ عنه بالمال قبل أن يؤديَه عنه)؛ لأنه لا يملكه قبل الأداء، ولأن الكفيل في حكم المقرِض، ومَن سأل رجلاً أن يُقرضه، فلم يفعل: لم يرجع عليه.

* قوله: (فإن لوزم بالمال: كان له أن يلازم المكفولَ عنه حتىٰ يخلِّصه)، يعني من المطالبة والحبس.

وإذا أبرأ الطالبُ المكفولَ عنه، أو استوفىٰ منه: برئ الكفيلُ.

وإن أبرأ الكفيلَ: لم يبرأ المكفولُ عنه.

ـ وكذا إذا حَبَسَ: كان له أن يحبسه؛ لأنه هو الذي أدخله في ذلك، وما لَحِقَه ذلك إلا من جهته، فيعامله بمثله، وهذا إذا كانت الكفالة بأمره.

ـ ثم إذا كان له عليه دينٌ مثله: ليس له أن يلازمه.

* قوله: (وإذا أبرأ الطالِبُ المكفولَ عنه، أو استوفىٰ منه: برئ الكفيل)، سواء ضمن بأمره، أو بغير أمره؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل؛ لأن الكفيل إنما ضمن ما في ذمة الأصيل، فإذا أدىٰ ما في ذمته، أو أبرأه منه: لم يبق في ذمته شيءٌ تعودُ الكفالة إليه.

ـ ويُشترط قبول المكفول عنه البراءةَ، فإن ردها: ارتدت.

ـ وهل يعود الدين علىٰ الكفيل؟

قال بعضهم: يعود، وقال بعضهم: لا يعود.

ـ ولو مات المكفول عنه قبل القبول: يقوم ذلك مقام القبول.

* قوله: (وإن أبرأ الكفيلَ: لم يبرأ الأصيلُ).

ـ وكذا إذا أخَّر الطالبُ عن الأصيل: فهو تأخيرٌ عن كفيله.

ـ وإن أخَّر عن الكفيل: لم يكن تأخيراً عن الأصيل؛ لأن التأخير إبراءٌ مؤقَّتٌ، فيُعتبر بالإبراء المؤبد.

ـ قال الخُجَندي: براءة الأصيل توجب براءةَ الكفيل، وبراءةُ الكفيل لا

ولا يجوز تعليقُ البراءةِ من الكفالة بشرطٍ.

توجب براءة الأصيل، إلا أنه إذا أبرأ الأصيلَ يُشترط قبولُه البراءةَ، أو يموت قبلَ القبول أو الردِّ، فيقوم ذلك مقام القبول.

ـ ولو ردَّه: ارتدَّ، ودينُ الطالب علىٰ حاله.

ـ وإن أبرأ الكفيلَ: صحَّ الإبراءُ، سواء قَبِلَ البراءةَ، أو لم يقبل، ولا يرجع علىٰ الأصيل بشيء.

ـ وإن وهب له الدينَ، أو تصدَّق به عليه: فلا بدَّ من القبول، فإذا قَبِلَ: كان له أن يَرجع علىٰ الأصيل، كما إذا أدىٰ.

ـ ولو قال الطالب للكفيل: برئتَ إلي: صار كأنه أقرَّ باستيفاء الدين.

ـ وإن قال الطالبُ: أبرأتُك: برئ الكفيل، ولا يبرأ الأصيل.

ـ وإن قال: برئتَ، ولم يقل: إليَّ:

قال أبو يوسف: هو كقوله: برئتَ إلي: يبرأ الكفيلُ والأصيل جميعاً، ولا يرجع علىٰ الأصيل.

وقال محمد: هو كقوله: أبرأتك: يبرأ الكفيل خاصةً، دون الأصيل.

* قوله: (**ولا يجوز تعليقُ البراءة من الكفالة بشرطٍ**)؛ لِمَا فيه من معنىٰ التمليك، كسائر البراءات.

ويروىٰ: أنه يصح؛ لأن عليه المطالبةَ، دون الدين، فكان إسقاطاً محضاً، كالطلاق والعَتاق.

وكلُّ حقٍّ لا يُمكن استيفاؤه من الكفيل : لا تصحُّ الكفالةُ به، كالحدود، والقصاص.

وإذا تكفَّل عن المشتري بالثمن : جاز.

وإن تكفَّل عن البائع بالمبيع : لم تصح.

ولهذا لا يرتد الإبراءُ عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل.

ـ وأما براءة الأصيل: فلا يجوز تعليقها بالشرط أصلاً؛ لأن فيها معنىٰ التمليك؛ لأنه يملك ما في ذمته، والتمليكُ لا يتعلق بالشروط.

* قوله: (وكلُّ حقٍّ لا يُمكن استيفاؤه من الكفيل: لا تصحُّ الكفالة به، كالحدود والقصاص).

معناه: بنفس الحدِّ، لا بنفس مَن عليه الحد؛ لأنه يتعذَّر إيجابه عليه، إذ العقوبة لا تُجزئ فيها النيابة.

* قوله: (وإذا تكفَّل عن المشتري بالثمن: جاز)؛ لأنه دينٌ كسائر الديون.

* قوله: (وإن تكفَّل عن البائع بالمبيع: لم تصح)؛ لأن المبيع عينٌ مضمونٌ بغيره، وهو الثمن.

وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع: لا يجب علىٰ البائع شيءٌ، وسقط حقه من الثمن، وإذا سقط حقه من الثمن: لا يمكن تحقيق معنىٰ الكفالة، إذ هي ضمُّ الذمة إلىٰ الذمة، ولا يتحقق الضم بين المختلفين.

ومَن استأجر دابةً ليحمل عليها، فإن كانت الإجارة بعينـها : لم تـصحَّ الكفالة بالحَمْلِ.

وإن كانت بغير عَيْنها : جازت الكفالة.

ولا تصحُّ الكفالةُ إلا بقَبول المكفول له في مجلس العقد، . . . .

---

* قوله: (ومَن استأجر دابةً للحمل: فإن كانت الإجارة[1] بعينها: لم تصح الكفالة بالحمل)؛ لأنه عاجزٌ عنه؛ لأنه بهلاك الدابة ينفسخ العقد، فلا تبقىٰ ثَمَّ إجارة يمكن الإيفاء بها، ولهذا لم يصح الضمان.

* قوله: (وإن كانت بغير عينها: جازت الكفالةُ)؛ لأن المستَحقَّ عليه الحملُ، ويمكنه الوفاء بذلك، بأن يَحمله علىٰ دابة نفسه.

* قوله: (ولا تصح الكفالةُ إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد).

ـ وكذا الحوالةُ أيضاً، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: لا يُعتبر ذلك في المجلس، بل إذا بلغه، فأجازه، ورضيَ به: جاز.

ـ وفي بعض النسخ: لم يشترط الإجازة عنده، وتجوز من غير إجازة.

والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعاً.

وجه قولهما: أن في الكفالة معنىٰ التمليك، وهو تمليكُ المطالبة منه، فيَقوم بهما جميعاً، أي بالإيجاب والقبول، والإيجاب شرطُ العقد، فلا

---

(١) أي الإجارة لدابةٍ بعينها. ينظر اللباب ٣/٣٩٤.

إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي : أن يقول المريضُ لوارثه : تكفَّل عني بما عليَّ من الدين، فتكفَّل به عنه مع غيبة الغرماء : فتصحُّ.

يتوقف علىٰ ما وراء المجلس، ولأن الكفالة عقدٌ يتعلق به حق المكفول له، فتوقف علىٰ رضاه وقبوله كالبيع.

وأما أبو يوسف: فقد روي عنه أنه لا يحتاج إلىٰ الإجازة؛ لأن الكفالة إيجابُ مالٍ في الذمة بالقول، فصار كالإقرار.

وروي عنه أيضاً: أنه يحتاج إلىٰ الإجازة؛ لأن قوله: تكفَّلتُ لفلانٍ كلَّ العقد علىٰ أصله، فيقف علىٰ غائبٍ عن المجلس، كما قال في المرأة إذا قالت: زوَّجتُ نفسي من فلان، وهو غائبٌ: أن ذلك يقف علىٰ إجازته عنده.

ـ وصورة مسألة الكتاب: إذا قال الذي عليه الدين لرجل: إن لفلان عليَّ كذا من الدين، فاكفل له به عني، أو احتل له به، فقال: كفلت أو ضمنت أو احتلت، ثم بلغ الطالبَ ذلك، فأجازه: فإنه لا يجوز عندهما، وقال أبو يوسف: يجوز.

ـ وكذا لو أن فضولياً قال: ضمنتُ ما لفلانٍ علىٰ فلانٍ، وهما غائبان، فبلغهما الخبرُ، فأجازا: فعندهما: لا يجوز، وعند أبي يوسف: يجوز.

ـ وإذا قَبِل عن الغائب أحدٌ: فإنه يتوقف في قولهم جميعاً.

* قوله: (إلا في مسألةٍ واحدةٍ: وهي أن يقول المريضُ لوارثه: تكفَّل عني بما عليَّ من الدين، فتكفَّل به مع غَيْبة الغرماء: فإنه تجوز).

وإذا كان الدَّينُ علىٰ اثنين، وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ ضامِنٌ عن الآخر، فما أدَّىٰ أحدُهما: لم يَرجع به علىٰ شريكه حتىٰ يزيدَ ما يؤدِّيْه علىٰ النصف، فيرجعُ بالزيادة.

يعني إذا أجاز الطالبُ بعد ذلك، وذلك لأن هذه وصيةٌ في الحقيقة، ولهذا تصح وإن لم يُسمِّ المكفولَ لهم.

ـ ولهذا قالوا: إنما تصح إذا كان له مالٌ، أو يقال: إنه قام مقام الطالب؛ لحاجته إلىٰ ذلك؛ تفريغاً لذمته، وفيه نَفْعُ الطالب، كما إذا حضر بنفسه.

ولأنه لما مَرِضَ مَرَضَ الموت: صار كالأجنبي في الدين؛ لأن ذمته أشرفت علىٰ الهلاك، وصار كأن الدين انتقل من ذمته إلىٰ التركة، فصار خطابه كخطاب الأجنبي، وقد ذكرنا أن المخاطبَ إذا كان أجنبياً: فإن الضمان يتوقف.

* قوله: (وإذا كان الدين علىٰ اثنين، وكلٌّ واحد منهما كفيلٌ ضامنٌ عن الآخر)، كما إذا اشتريا عبداً بألفٍ، وكَفَلَ كلٌّ واحد منهما عن صاحبه، (فما أدىٰ أحدُهما: لم يرجع به علىٰ شريكه حتىٰ يزيدَ ما يؤديه علىٰ النصف، فيرجع بالزيادة)؛ لأن المال علىٰ كل واحد منهما نصفان، نصفٌ من جهة المداينة، ونصفٌ من جهة الكفالة، فإذا أدىٰ النصفَ أو أقل: وقع عن نفسه بسبب المداينة، وما زاد علىٰ ذلك: يلزمه بسبب الكفالة، فإن كفل بأمره، وأدَّاه: رجع عليه؛ لأنه أدخله في الضمان، وإن كَفَل بغير أمره: لم يرجع عليه.

وإذا تكفَّل اثنان عن رجل بألفٍ، علىٰ أن كلَّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فما أدَّاه أحدُهما : يرجع بنصفه علىٰ شريكه، قليلاً كان أو كثيراً.

ولا تجوز الكفالةُ بمال الكتابة : حُرٌّ تكفَّل به، أو عبدٌ.

---

* قوله: (وإذا تكفَّل اثنان عن رجلٍ بألفِ درهم، وكلٌّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فما أدَّاه أحدُهما: رجع بنصفه علىٰ شريكه، قليلاً كان أو كثيراً).

يعني إذا تكفل كل واحد منهما بجميع المال، وهو ألفٌ علىٰ الانفراد، ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال أيضاً.

وأما إذا تكفَّلا له بالألف معاً، وتكفل كلٌّ واحد منهما عن الآخر: فإنه مثل مسألة المداينة، فما أداه أحدهما: لا يرجع علىٰ صاحبه بنصفه حتىٰ يزيدَ ما أداه علىٰ النصف، فإذا زاد: رجع عليه بجميع الزيادة.

* قوله: (ولا تجوز الكفالةُ بمال الكتابة: حرٌّ تكفَّل به، أو عبدٌ)؛ لأنه ليس بدينٍ صحيحٍ، بدليل أن للعبد إزالتَه عن نفسه بالعجز من غير أداء، والكفيلُ لا يبرأ إلا بالأداء، ومِن شَرْط الكفالة: الاتحادُ بين ثبوت المال في ذمة الأصيل وذمة الكفيل.

ـ فإن قلتَ: إذا لم تصح كفالةُ الحر: لا تصح كفالةُ العبد، فلأيِّ معنىً ذكر العبد؟

قلت: لأن الحرَّ أشرفُ من العبد، والكفيلُ تبعٌ للأصيل، فربما يقال: عدم الجواز؛ باعتبار أن الحر يصير تبعاً لو صحت الكفالة، فقال: حرٌّ أو

وإذا مات الرجلُ، وعليه ديونٌ، ولم يترك شيئاً، فتكفَّل رجلٌ عنه للغرماء : لم تصحَّ الكفالةُ عند أبي حنيفة، وقالا : تصحُّ.

عبدٌ؛ لدفع ذلك الظن، فعدم صحتها؛ باعتبار أن بدل الكتابة ليس بدين مضمون، لا باعتبار عدم تبعية الحر للعبد. كذا في «المشكل».

ـ وقيَّد بمال الكتابة: لأنه إذا كان علىٰ المكاتب دينٌ لرجل، فكَفَل به إنسانٌ عنه: جاز.

ـ وإذا كُوتب العبدان كتابةً واحدةً، وكلٌّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدُهما: رجع علىٰ صاحبه بنصفه؛ لاستوائهما، ولو لم يؤديا شيئاً حتىٰ أُعتق أحدُهما: جاز العتق، وبرئ عن النصف، وبقي النصفُ علىٰ الآخر.

وللمولىٰ أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيَّهما شاء: المعتق بالكفالة، وصاحبه بالأصالة، فإن أَخَذَ الذي أُعتق: رجع علىٰ صاحبه بما أدىٰ؛ لأنه مؤدٍّ عنه بأمره، وإن أخذ الآخرَ: لم يرجع علىٰ المعتق بشيء؛ لأنه أدىٰ عن نفسه.

* قوله: (وإذا مات الرجلُ، وعليه ديونٌ، ولم يترك شيئاً، فتكفل عنه رجلٌ للغرماء: لم تصحَّ الكفالة عند أبي حنيفة)، سواء كان ابنَه أو أجنبياً؛ لأنه قد سقط حق الغرماء من المطالبة والملازمة، فصار كما لو دفع المال، ثم كفل عنه إنسان.

(وقال أبو يوسف ومحمد: تصحُّ) الكفالة بعد الموت.

. . . .

لما رُوي «أن رجلاً مات، فقام النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم ليصليَ عليه، فقال: هل علىٰ صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، عليه ديناران.

فقال عليه الصلاة والسلام: صلُّوا علىٰ صاحبكم.

فقال أبو قتادة: هما عليَّ يا رسول الله! فصلىٰ عليه حينئذ، وقال: الآن برَّدْتَ عليه مَضجعه»[1].

قلنا: يَحتمل أن يكون قد تكفَّل بهما قبل الموت، فأَخبر بذلك، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) سنن أبي داود (٣٣٤٣)، سنن الترمذي (١٠٦٩)، وقال: حسن صحيح، صحيح ابن حبان (٣٠٥٨).

كتاب الحوالة

الحوالةُ جائزةٌ بالديون.

كتاب الحوالة

الحوالةُ في اللغة: مشتقةٌ من التحويل والنَّقْل، وهو: نَقْلُ الشيء من محلٍّ إلىٰ محلٍّ آخر.

وفي الشرع: عبارةٌ عن تحويل الدين من ذِمَّة الأصيل إلىٰ ذِمَّة المُحال عليه، علىٰ سبيل التوثُّق به.

ـ ويُحتاج إلىٰ معرفة أسماءِ أربعة:

المُحيل: وهو الذي عليه الدين الأصلي.

والمُحال له: وهو الطالِب.

والمُحال عليه: وهو الذي قَبِل الحوالةَ.

والمُحال به: وهو المال.

* قال رحمه الله: (الحوالةُ جائزةٌ بالديون).

ـ قيَّد بالديون: احترازاً عن الأعيان والحقوق، فإن الحوالة بها لا تصح، وإنما اختصت بالديون؛ لأن الديون هي التي تنتقل من ذمة إلىٰ ذمة، فكل دينٍ لا تجوز به الكفالة، كمال الكتابة: فإن الحوالة تجوز به،

. . . .

ولا تجوز به الكفالة.

ـ والحوالة علىٰ ضربين: مطلَقةٌ، ومقيدةٌ.

فالمطلقةُ أن يقول لرجلٍ: احتل لهذا عني بألف درهم، فيقول: احتلتُ.

والمقيَّدة: أن يقول: احتَلْ بالألف التي لي عليك، فيقول: احتلتُ.

وكلاهما جائزان، وفي كليهما يبرأ المحيل من دين المُحال له، وليس له بعد الحوالة علىٰ المحيل سبيلٌ، إلا أن يَتوىٰ ما علىٰ المحال عليه.

لكن بين المطلَقة والمقيدة فرقٌ، وهو: أنها إذا كانت مقيدةً: انقطعت مطالبةُ المحيل من المحال عليه.

فإن بَطَلَ الدين في المقيدة، أو تبيَّن براءةُ المحال عليه من الدين الذي قُيِّدت به الحوالة: بطلت الحوالة، مثل أن يشتري من رجل شيئاً بألف، ولم يؤد الألفَ حتىٰ أحال بها لرجل عليه، فقَبِل، ثم استُحِقَّ المبيعُ، أو كان المبيع عبداً، فظهر حراً: فإن الحوالة في هذين الوجهين تبطل، وكان للمحال له أن يرجع علىٰ المحيل بدينه.

ـ وكذا لو قيَّد الحوالةَ بألفِ درهم عند رجلٍ وديعةً، فهلكت الألف عند المودَع قبل تسليمها إلىٰ المحال له: فإن الحوالة تبطل.

ـ وأما إذا سقط الدين الذي قُيِّدت به الحوالةُ بأمرٍ عارض، ولم تتبين براءته من الأصيل: لا تبطل الحوالة، مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع، فهلك المبيع قبل تسليمه إلىٰ المشتري: سقط الثمنُ عنه، ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدىٰ: رجع علىٰ المحيل بما أدىٰ؛ لأنه قضىٰ دينه بأمره.

وتصحُّ برضا المُحِيل، والمُحتالِ له، والمُحالِ عليه.

ـ وأما إذا كانت مطلقةً: فإنها لا تبطل بحالٍ من الأحوال، ولا تنقطع فيها مطالبةُ المحيل عن المحال عليه، إلا أن يؤديَ، فإذا أدىٰ: سقط ما عليه قصاصاً.

ـ ولو تبيَّن براءةُ المحال عليه من دين المحيل: لا تبطل أيضاً.

ـ ولو أن المحال له أبرأ المحالَ عليه من الدين: صحَّ الإبراء، سواء قَبِلَ المحال عليه أو لم يقبل، ولم يرجع المحال عليه علىٰ المحيل بشيء؛ لأن البراءة إسقاطٌ، وليست بتمليكٍ، فلهذا لم يرجع.

ـ وإن وهبه له: يحتاج إلىٰ القبول، وله أن يرجع علىٰ المحيل، كما لو أدىٰ؛ لأنه مَلَكَ ما في ذمته بالهبة، فصار كما لو مَلَكَه بالأداء.

ـ وكذا لو مات المحال له، وورثه المحال عليه: له أن يرجع علىٰ المحيل؛ لأنه مَلَكَه بالإرث، فصار كما لو ملكه بالأداء.

ـ ولو رضيَ المحال له من المحال عليه بدون حقه، وأبرأه عن الباقي، نحو أن يصالحه علىٰ بعض حقه، وأبرأه عن الباقي: فإنه يرجع عن المحيل بذلك القدر، لا غير.

ـ وإن صالح علىٰ خلاف جنس حقه، كما إذا صالح علىٰ الدراهم عن الدنانير، أو علىٰ العكس، أو علىٰ العروض: فإنه يرجع بجميع الدين؛ لأن ما أدىٰ: يصلح أن يكون عوضاً عن جميع الدين.

* قوله: **(وتصح برضا المُحيل، والمُحتال له، والمُحال عليه).**

أما المحتال له: فلأن الدين حقُّه، والذِّممَ متفاوتةٌ، فلا بدَّ من رضاه.

وإذا تمَّت الحوالةُ: برئ المُحيلُ من الدَّيْن، . . . .

وأما المحال عليه: فإنه يلزمه الدين، ولا لزومَ بدون التزامه.

وأما المحيل: فالحوالة تصح بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرُّفٌ في حق نفسه، وهو لا يتضرر به، بل فيه نفعُه؛ لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. كذا في «الهداية»[1].

وكذا قال في «النهاية»: رضا مَن عليه الدينُ، وأمرُه ليس بشرط، حتىٰ إن مَن قال لغيره: إن لك علىٰ فلانٍ كذا من الدين، فاحتَلْ به عليَّ، ورضيَ بذلك صاحبُ الدين: صحت الحوالة، فإن أدىٰ المالَ: لا يرجع علىٰ الذي عليه الدين، وقد برئ الذي عليه الأصل.

* قوله: (فإذا تمَّت الحوالةُ: برئ المُحيل من الدين) بالقبول.

وقال زفر: لا يبرأ؛ اعتباراً بالكفالة، ولهذا يُجبر علىٰ القبول إذا نَقَدَ المحيلَ، ولا يكون متبرعاً.

ولنا: أن الحوالة للنقل، والدينُ متىٰ انتقل من ذمةٍ: لا يبقىٰ فيها، أما الكفالة فللضمِّ، والأحكام الشرعية علىٰ وِفاق المعاني اللغوية.

ـ وإنما يُجبر علىٰ القبول إذا نَقَدَ المحيل؛ لأنه يحتمل عودَ المطالبة إليه بالتوىٰ، فلم يكن متبرعاً.

ـ قال الخُجَندي: الحوالة مُبْرِئةٌ، والكفالة غير مُبرئة، ويكون الطالب في الكفالة بالخيار: إن شاء طالب الأصيلَ أو الكفيلَ، إلا أن تكون الكفالة بشرط براءة الأصيل: فحينئذ تكون حوالةً.

---

(١) ٣/٩٩.

ولم يرجع المحتالُ علىٰ المحيل إلا أن يَتْوىٰ حقُّه.

والتَّوَىٰ عند أبي حنيفة بأحدِ أمرين: إما أن يَجحدَ الحوالـةَ، ويحلـفَ ولا بينةَ عليه، أو يموتَ مفلِساً.

وقال زفر: الحوالة والكفالة سواءٌ، وكلاهما غير مُبرئة.

وقال مالك(١): كلاهما مبرئة؛ لأنه الحقٌّ واحدٌ، فلو لم يبرأ الأصيلُ: لصار حقَّيْن.

قلنا: الحوالة مشتقةٌ من التحويل، والحقُّ إذا تحول من ذمة إلىٰ ذمة: تبقىٰ ذمة الأول فارغةً؛ لأنك إذا حوَّلت الشيء إلىٰ موضع آخر: بقي مكانُ الأول فارغاً، والكفالة مشتقة من الكفيل، وهو الضمُّ، وضم الشيء إلىٰ الشيء: لا يوجب فراغ الأول.

* قوله: (ولم يرجع المحتال علىٰ المحيل، إلا أن يَتْوىٰ حقُّه).

وعند الشافعي(٢): لا يرجع وإن توىٰ.

* قوله (والتَّوَىٰ عند أبي حنيفة بأحد أمرين: إما أن يجحد الحوالةَ، ويحلف، ولا بينةَ عليه، أو يموت مفلساً): أي ولا بينةَ للمحال له علىٰ المحال عليه بقبول الحوالة.

وقال التُّمُرتاشيُّ: ولا بينة للمحيل، ولا للمحال له.

- وقوله: أو يموت مفلساً: أي لم يترك عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً عن المحال عليه للمحال له.

---

(١) شرح الخرشي ٤/٢٣٥، ٢٤٣.

(٢) مغني المحتاج ٢/١٩٥.

وقالا : هذان، ووجهٌ ثالثٌ، وهو : أن يحكم الحاكمُ بإفلاسه في حال حياته.

وإذا طالب المُحالُ عليه المحيلَ بمثل مال الحوالة، فقال المحيلُ : أحلتُ بدَيْنٍ لي عليك : لم يُقبَل قولُه، وكان عليه مثلُ الدَّين.

ـ فإن مات المحالُ عليه، فقال المحتال: مات مفلساً، وقال المحيل خلاف ذلك:

قال في «المبسوط»(١): القول قول المحتال، مع يمينه علىٰ العلم؛ لأنه يَتمسك بالأصل، وهو العُسرة.

وفي غير «المبسوط»: القول قول المحيل، مع يمينه علىٰ العلم. كذا في «النهاية».

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد وجهاً ثالثاً، وهو: أن يحكم الحاكم بفَلَسه في حال حياته).

هذا علىٰ أصلهما: أن القضاء بالإفلاس صحيحٌ.

وأما علىٰ أصل أبي حنيفة: فلا يتحقق الإفلاسُ بحكم القاضي؛ لأن رزق الله تعالىٰ غادٍ ورائحٌ.

* قوله: (وإذا طالب المحال عليه المحيلَ بمثل مالِ الحوالة، فقال المحيل: أحلتُ بدين لي عليك: لم يُقبل قولُه، وكان عليه مثل الدين)؛ لأن سبب الرجوع قد تحقق، وهو قضاء دينه بأمره؛ لأن المحيل يدعي

---

(١) ١٩/ ٣٧.

وإن طالب المحيلُ المحتالَ بما أحاله به، فقال: إنما أحلتُك لتَقْبِضه لي، وقال المحتالُ له: بل أحلتَني بدَيْنٍ لي عليك: فالقولُ قولُ المحيل مع يمينه.

وتُكره السَّفَاتِجُ، وهي قَرْضٌ استفاد به المقرِضُ أَمْنَ خَطَرِ الطريق.

عليه ديناً، وهو ينكر، والقول قول المنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه؛ لأنها قد تكون بدونه.

* قوله: (وإن طالب المحيل المحتالَ بما أحاله به، وقال: إنما أحلتُك لتقبضه لي، وقال المحتال: أحلتَني بدين لي عليك: فالقول قول المحيل، مع يمينه)؛ لأن المحتال يدعي عليه الدينَ، وهو منكرٌ.

ـ ولفظة: الحوالة: مستعملة في الوكالة، فيكون القول قوله، مع يمينه، فإذا حلف: أَخَذَ الألفَ المقبوضة، ولا يصدق المحتال علىٰ ما ادعىٰ من الدين إلا ببينة؛ لأنه قد يُحيله ليستوفيَ له المالَ.

* قوله: (وتُكره السَّفاتِج، وهي: قَرْضٌ استفاد به المقرِضُ أمنَ خَطَرِ الطريق).

مناسبةُ هذه المسألة بالحوالة: أن الحوالة هي: النقل، وفي هذه المسألة: نقل حالة التوىٰ من ماله إلىٰ المستقرض؛ لأنه لو لم يُقرِض: لكان التوىٰ في ماله، فبالقرض يُحيل التوىٰ إلىٰ مال المستقرض. كذا في «المشكل».

ـ والسفاتج: جمع: سُفْتَجَة: بضم السين، وفتح التاء: وهي الورقة.

وصورته: أن يقول لتاجر: أقرضتُك هذه الدراهمَ بشرط أن تكتب لي كتاباً إلىٰ وكيلك ببلد كذا، فيُجيبُه إلىٰ ذلك.

. . . .

ـ وأما إذا أعطاه من غير شرطٍ، وسأله ذلك، ففعل: فلا بأس به.

وإنما يكره: إذا كان أَمْنُ خطر الطريق مشروطاً؛ لأنه نوعُ نفعٍ استفيد بالقرض، وقد «نهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن قرضٍ جرَّ منفعةً»[1].

* * * * *

(١) رواه مرفوعاً الحارث بن أبي أسامة (ت ٢٨٢ هـ) في مسنده (بغية الحارث) للهيثمي ١/٥٠٠ (٤٣٧) بلفظ: «كل قرض جرَّ منفعة فهو رباً»، وذكره عبد الحق في أحكامه، وأعلَّه بسِوار بن مصعب، وأنه متروك، كما في نصب الراية ٤/٦٠، والتلخيص الحبير ٣/٣٤، وفي فيض القدير ٥/٢٨ عن السخاوي: أن إسناده ساقط.

لكن وردت عدة آثار عن الصحابة رضي الله عنهم بمعنىٰ الحديث، ففي المصنَّف لابن أبي شيبة ١٠/٦٤٧ (٢١٠٧٧)، عن عطاء قال: «كانوا يكرهون كل قرض جَرَّ منفعة»، كما في نصب الراية ٤/٦٠، وينظر سنن البيهقي ٥/٣٤٩.

وقد قال عن الحديث الشيخ محمد حجازي (ت ١٠٣٥هـ) في شرحه (١٢مجلداً) علىٰ الجامع الصغير للسيوطي: «فتح المولىٰ النصير»، قال عنه: حديث حسنٌ لغيره، كما نقل هذا عنه تلميذه العزيزي (علي بن أحمد، ت ١٠٧٠هـ) في شرحه: السراج المنير علىٰ الجامع الصغير للسيوطي، ٣/٩٣، وينظر إعلاء السنن ١٤/٤٩٩.

كتاب الصُّلْح

كتاب الصلح

هو مشتقٌ من: المصالحة، وهي المسالَمَة بعد المخالفة.

وفي الشرع: عبارةٌ عن عقدٍ وُضع بين المتصالحين؛ لدفع المنازعة بالتراضي، يُحمَل علىٰ عقود التصرفات.

ـ وركنُه: الإيجابُ والقبولُ الموضوعان للصلح.

ـ وشرطُه: أن يكون المصالَح عنه مالاً، أو حقَّاً يجوزُ الاعتياضُ عنه، كالقصاص، بخلاف ما إذا كان حقاً لا يجوز الاعتياضُ عنه، كحقِّ الشفعة والكفالة بالنفس.

ـ والدليلُ علىٰ جواز الصلح: الكتابُ، والسُّنَّةُ، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. النساء/١٢٨.

وأما السُّنَّة: فقوله عليه الصلاة والسلام: «الصلحُ جائزٌ بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً»[١]، وأجمعت الأمةُ علىٰ جوازه.

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٩٤)، سنن الترمذي (١٣٥٢)، وقال: حسن صحيح،

الصُّلْحُ علىٰ ثلاثة أَضْرُبٍ : صلحٌ مع إقرارٍ.

وصلحٌ مع سكوتٍ، وهو : أن لا يُقِرَّ المدعىٰ عليه، ولا يُنكِرَه.

وصلحٌ مع إنكارٍ.

وكلُّ ذلك جائزٌ.

وقال عمرُ رضي الله عنه: «ردِّدوا الخصومَ؛ لكي يصطلحوا، فإن فَصْلَ القضاء: يُورِثُ الضغائن»[1].

ـ ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «إلا صلحاً أحلَّ حراماً»: هو الصلح علىٰ الخمر.

ـ وقوله: «أو حرَّم حلالاً»: وهو الصلح علىٰ عبدٍ علىٰ أن لا يبيعه، ولا يستخدمه.

وفي «الهداية»[2]: الحرام المذكور: هو الحرام لعينه، كالخمر، والحلالُ المذكور: هو الحلال لعينه، كالصلح علىٰ أن لا يطأ الضَّرَّة.

* قال رحمه الله تعالىٰ: (الصلحُ علىٰ ثلاثة أضرُبٍ: صلحٌ مع إقرارٍ، وصلحٌ مع سكوتٍ، وهو أن لا يُقِرَّ المدَّعىٰ عليه، ولا يُنكِرَ، وصلحٌ مع إنكارٍ، وكلُّ ذلك جائزٌ).

وينظر البدر المنير ١٧/ ١٣٩.

(١) مصنف عبد الرزاق (١٥٣٠٤)، المصنف لابن أبي شيبة (٢٣٣٤٩).

(٢) ٣/ ١٩٢.

فإن وقع الصلحُ عن إقرارٍ: اعتُبر فيه ما يُعتبر في البِياعات إن وَقَعَ عن مالٍ بمال.

ـ أما مع الإقرار: فلا خلاف فيه؛ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾. النساء/١٢٨.

وأما مع السكوت: فهو جائزٌ عندنا؛ لأن الساكت يجوز أن يكون مقراً، ويجوز أن يكون منكِراً، فإذا صالح: حملنا ذلك علىٰ الصحة، دون الفساد.

وأما مع الإنكار: فهو جائزٌ أيضاً عندنا؛ لأنه موضوعٌ لقطع الدعوىٰ والمخاصمة، وذلك جائزٌ.

* قوله: (فإن وقع الصلحُ علىٰ الإقرار: اعتُبر فيه ما يُعتبر في البياعات إن وقع عن مالٍ بمال)؛ لوجود معنىٰ البيع، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما.

فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويُرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، وتُفسده جهالةُ البدل، وتُشترط القدرةُ علىٰ تسليم البدل.

ـ قال الخُجَندي: الصلحُ علىٰ عينِ ما يدعيه: قبضٌ واستيفاءٌ.

وعلىٰ غير ما يدعيه: بيعٌ وشراءٌ.

وعلىٰ أقلَّ مما يدعيه: حطٌّ وإبراءٌ.

وعلىٰ أكثرَ مما يدعيه: فضلٌ ورباً.

ثم الصلح علىٰ شيءٍ مجهول عن معلوم، أو مجهولٍ: لا يصح.

وإن وقع عن مالٍ بمنافعَ: فيُعتبر بالإجارات.

وعلىٰ شيءٍ معلوم عن معلومٍ أو مجهولٍ: يصح.

ـ وقوله: اعتُبر فيه ما يُعتبر في البياعات: حتىٰ لو كان المدَّعىٰ ذهباً أو فضةً، وبدل الصلح من جنسه: لا يجوز إلا مِثلاً بمثل، ويُشترط التقابض في المجلس.

* قوله: (وإن وقع عن مالٍ بمنافع: اعتُبر بالإجارات)؛ لوجود معناها، فيُشترط التوقيت فيها.

ـ ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة؛ لأنه إجارةٌ، فإذا كان موته قبل الانتفاع بما وقع عليه الصلح: رجع المدعي علىٰ دعواه، وإن كان قد انتفع بنصف المدة أو ثلثها: بطل من دعواه بقدر ذلك، ورجع علىٰ دعواه فيما بقي، وهذا قول محمدٍ، جعله كالإجارة.

وقال أبو يوسف: الصلح مخالفٌ للإجارة، فإذا مات المدعىٰ عليه: لا يبطل الصلح، وللمدعي أن يستوفيَ المدةَ بعد موته.

ـ وكذا إذا مات المدعي: لا يَبطل الصلح أيضاً في خدمة العبد، وسكنىٰ الدار، وزراعةِ الأرض، وتقوم ورثتُه مَقامَه في الاستيفاء، ويبطل في ركوب الدابة، ولُبْس الثوب، ولا تقوم ورثتُه مقامه في الاستيفاء؛ لأن الناس يتفاوتون فيه.

ـ قال صاحب «المنظومة»[1] في مقالات أبي يوسف علىٰ خلاف قول محمد:

---

(١) النسفي ص٤٨٠.

والصلحُ عن السكوت والإنكار في حق المدَّعىٰ عليه : لافتداء اليمين، وقَطْعِ الخصومة، وفي حق المدعي : بمعنىٰ المعاوضة.

وإذا صالح عن دارٍ : لم تجب فيها شفعةٌ.

وقال في الصلح علىٰ المنافع هلاكُ ربِّ العين غيرُ قاطع

كذاك موتُ المدعي في الدار والعبدِ لا في الثوب والحِمَار

ـ وإن هلك الشيء الذي وقع الصلح علىٰ منفعته، أو استُحق: بطل الصلح، بالإجماع.

* قوله: (والصلحُ عن السكوت والإنكار في حق المدعىٰ عليه: لافتداء اليمين، وقطعِ الخصومة، وفي حق المدعي: بمعنىٰ المعاوضة)؛ لأن المدعىٰ عليه يزعم أن الشيء المدعىٰ: علىٰ ملكه، فلا يكون المدفوع عوضاً عنه، وقد لزمته الخصومة، فجاز له الافتداءُ منها.

وأما المدعي: ففي زعمه أن الذي ادعاه: حقٌّ، وأن الذي يأخذه عوضُ حقه.

* قوله: (وإذا صالح عن دارٍ: لم تجب فيها الشفعة)، يعني إذا كان عن إنكارٍ أو سكوتٍ.

وصورتُه: ادعىٰ عليه داراً أو عقاراً، فأنكر، أو سكت، ثم صالحه علىٰ دراهم: لم تجب فيها الشفعةُ؛ لأن المدعىٰ عليه يزعم أن الدار لم تَزَل علىٰ ملكه، وأنه لم يملكها بالصلح، وإنما دفع العوضَ لافتداء اليمين، وقطعِ الخصومة، وله ذلك، وزَعْمُ المدعي: لا يلزمه؛ لأنه لا

وإذا صالح علىٰ دارٍ: وجبت فيها الشفعةُ.

وإذا كان الصلحُ عن إقرارٍ، فاستُحق بعضُ المصالَح عنه: رجع المدَّعىٰ عليه بحصة ذلك من العوض.

وإن وَقَعَ الصلحُ عن سكوتٍ، أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المتنازَعُ فيه: رجع المدعي بالخصومة، وردَّ العوضَ.

يُصدَّق عليه، فلهذا لم تجب الشفعة.

ولهذا لو ظهر بالدار عيبٌ: لا يرجع بأرشه، ولا يردُّها؛ لأن في زَعْمه أنه لم يملكها من جهته.

* قوله: (وإذا صالح علىٰ دارٍ: وجبت فيها الشفعة)؛ لأن المدعي يأخذها عوضاً عن حقِّه.

ـ ومَن مَلَكَ داراً علىٰ وجه المعاوضة: وجبت فيها الشفعةُ، ويأخذُها الشفيع بقيمة الحق المدعىٰ به؛ لأن المصالِح أخذها عوضاً عن ذلك الحق.

ـ ولو أقرَّ المدعىٰ عليه، والمسألةُ بحالها: وجبت الشفعةُ فيهما جميعاً، ويأخذ الشفيعُ كلَّ واحدةٍ منهما بقيمة الأخرىٰ.

* قوله: (وإذا كان الصلحُ عن إقرار، فاستُحِقَّ بعضُ المصالَح عنه: رَجَعَ المدعىٰ عليه بحصة ذلك من العوض)؛ لأن الصلح إذا كان عن إقرار: كان معاوضةً، كالبيع.

* قوله: (وإن وقع الصلحُ عن سكوت أو إنكارٍ، فاستُحِقَّ المتنازَعُ فيه: رجع المدعي بالخصومة): أي مع المستَحقِّ، (وردَّ العوضَ)؛ لأن

وإن استُحِقَّ بعضُ ذلك : ردَّ حصتَه، ورَجَعَ بالخصومة فيه.

وإن ادَّعىٰ حقاً في دارٍ ولم يبيِّنْه، فصولح من ذلك علىٰ شيء، ثم استُحق بعضُ الدار : لم يَردَّ شيئاً من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي.

ولو استُحِقَّ الكلُّ : يرجعُ بما أخذه.

المدعىٰ عليه ما بذل العوض إلا لدفع خصومته عنه، فإذا ظهر الاستحقاقُ: تبيَّن أنه لا خصومةَ له، فقد أخذ عوضاً عن غير شيء.

* قوله: (وإن استُحقَّ بعضُ ذلك: ردَّ حصته، ورجع بالخصومة فيه): أي في ذلك القدر.

* قوله: (وإن ادعىٰ حقاً في دارٍ ولم يُبيِّنْه، فصولح عنه علىٰ شيءٍ، ثم استُحِقَّ بعضُ الدار: لم يَردَّ شيئاً من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي).

ـ بخلاف (ما إذا استُحِقَّ كلُّه)؛ لأنه يَعرىٰ العوضُ عند ذلك عن شيءٍ يقابلُه، (فيرجع بكله).

ـ وقوله: حقَّاً في دار: يعني حقاً في عين الدار، لا حقَّاً له بسبب الشفعة؛ لأن الصلح علىٰ الشفعة لا يجوز.

ـ وقوله: لم يبيِّنه: أي لم يَنسبه إلىٰ جزء معلوم، كالنصف أو الثلث، ولا إلىٰ جانب معلومٍ، كالشرقي أو الغربي أو القِبْلي.

فإن نَسَبَه إلىٰ جزءٍ شائع، ثم استُحق بعضُ الدار: نُظِر:

والصلحُ جائزٌ من دعوىٰ الأموال، والمنافعِ، وجنايةِ العمد، والخطأ.

إن بقي من الدار مقدارُ المُشاع أو أكثر: فلا رجوع للمدعىٰ عليه بشيء من العوض، وإن بقي أقلُّ منه: قُسم العوض علىٰ جميع المتنازع فيه، فما أصاب المستحق: ردَّه علىٰ المدعىٰ عليه، وما بقي: فهو له.

ـ وقوله: لم يبيِّنه: فيه إشارةٌ ودليلٌ علىٰ أن الصلح عن المجهول علىٰ معلوم: جائزٌ عندنا، خلافاً للشافعي(١).

* قوله: (والصلح جائزٌ في دعوىٰ الأموال، والمنافعِ).

صورة دعوىٰ المنافع: أن يدعيَ علىٰ الورثة أن الميت أوصىٰ له بخدمة هذا العبد، وأنكر الورثةُ؛ لأن الرواية محفوظةٌ علىٰ أنه لو ادعىٰ استئجارَ عين، والمالك يُنكر، ثم تصالحا: لم يجز. كذا في «المستصفىٰ».

* قوله: (وجنايةِ العمد، والخطأ)، إلا أنه لا تصح الزيادة علىٰ قدر الدية في الخطأ؛ لأنها مقدَّرة شرعاً، فلا يجوز إبطال ذلك.

ـ بخلاف الصلح عن القصاص، حيث تجوز الزيادة علىٰ قدر الدية؛ لأن القصاص ليس بمال، وإنما يتقوَّم بالعقد.

ـ وهذا إذا صالح علىٰ أحد مقادير الدية، أما إذا صالح علىٰ غير ذلك: جازت الزيادةُ علىٰ قدر الدية؛ لأنها مبادَلةٌ بها، إلا أنه يُشترط القبض في المجلس؛ كي لا يكون افتراقاً عن دينٍ بدين.

---

(١) روضة الطالبين ٤/٢٠٣.

ولا يجوز من دعوىٰ حَدٍّ.

ـ ولو قضىٰ القاضي بأحد مقادير الدية، فصالح علىٰ جنسٍ آخر منها بالزيادة: جاز؛ لأنه تعيَّن الحقُّ بالقضاء، فكان مبادلةً، بخلاف الصلح ابتداءً.

ـ قال في «الكرخي»: إذا قضىٰ القاضي بالدية مائةَ بعيرٍ، فصالح القاتلُ الوليَّ عن المائة البعير علىٰ أكثر من مائتي بقرة، وهي عنده، ودفع ذلك: جاز؛ لأن قضاء القاضي عيَّن الوجوبَ في الإبل.

ـ فإذا صالح علىٰ البقر: فالبقر الآن ليست بمستَحَقَّةٍ، وبيع الإبل بالبقر جائزٌ.

ـ وإن صالح عن الإبل بشيء من المكيل أو الموزون، سوىٰ الدراهم والدنانير إلىٰ أجل: لم يجز؛ لأن الإبل دينٌ في الذمة، فإذا صالح عنها علىٰ كيلٍ أو موزون مؤجل: فقد عاوض ديناً بدين: فلا يجوز.

ـ وإن صالح من الإبل علىٰ مثل قيمة الإبل، أو أكثر بما يُتغابَن فيه: جاز؛ لأن الزيادة غير متيقَّنة، وإن كانت بأكثر مما يُتغابَن فيه: لم يجز؛ لأنه صالح علىٰ أكثر من المستَحَق، فلا يجوز.

* قوله: (ولا يجوز في دعوىٰ حَدٍّ)؛ لأنه حقُّ الله، لا حقُّه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره.

ـ ولهذا لا يجوز الاعتياضُ إذا ادَّعت المرأة نسبَ ولدها؛ لأنه حقُّ الولد، لا حقُّها.

وإذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ امرأة نكاحاً، وهي تَجْحَدُ، فصالحته علىٰ مالٍ بَذَلَتْه حتىٰ يترك الدعوىٰ : جاز، وكان في معنىٰ الخلع.

وإن ادَّعت امرأةٌ نكاحاً علىٰ رجل، فصالحها علىٰ مالٍ بَذَلَه لها : لم يجز.

ـ وسواء كان الحد في سرقة أو قذف أو زناً:

أما الزنا والسرقة: فلأن الحدَّ فيه حق الله تعالىٰ بلا خلاف.

وأما حدُّ القذف: فإنه أيضاً حقُّ الله تعالىٰ عندنا، والمغلَّب فيه حقُّ الشرع.

فإن وقع الصلح في حد القذف قبل أن يُرفَع إلىٰ القاضي: لا يجب بدل الصلح، ويَسقط الحدُّ؛ لأنه أعرض عن الدعوىٰ، وإن صالح فيه بعد الترافع: لا يجب البدل، ولا يسقط الحدُّ. كذا في «المشكل».

* قوله: (وإذا ادعىٰ رجلٌ علىٰ امرأةٍ نكاحاً، وهي تَجحدُ، فصالحته علىٰ مالٍ بذلَتْه له حتىٰ يَترك الدعوىٰ: جاز، وكان في معنىٰ الخلع)؛ لأن أمور المسلمين محمولةٌ علىٰ الصحة إذا أَمكن حملُها، وقد أمكن حملُها علىٰ هذا الوجه.

ـ وقوله: جاز: يعني في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالىٰ: فلا يحلُّ له أن يأخذه إذا كان كاذباً.

* قوله: (وإن ادَّعت امرأةٌ نكاحاً علىٰ رجل، فصالحها علىٰ مالٍ بَذَلَه لها: لم يجز)؛ لأنه بَذَلَ لها المالَ لترك الدعوىٰ.

وإن ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ أنه عبدُه، فصالحه علىٰ مالٍ أعطاه: جاز، وكان في حق المدَّعي: في معنىٰ العتق علىٰ مال.

ـ فإن جُعل ترك الدعوىٰ منها فُرقةً: فالزوج لا يُعطىٰ العوض في الفرقة، وإن لم يُجعل فُرقةً: فلا شيء في مقابلة العوض الذي بذله لها، فلا يصح.

وفي بعض النسخ: يجوز: ويُجعل المالُ الذي بَذَلَه لها زيادةً في مهرها.

* قوله: (وإذا ادعىٰ علىٰ رجل أنه عبدُه، فصالحه علىٰ مالٍ أعطاه إياه: جاز)، يعني إذا كان المدعىٰ عليه مجهولَ النسب. كذا في «الينابيع».

* قوله: (وكان في حق المدعي: في معنىٰ العتق علىٰ مال)؛ لأنه أمكن تصحيحه علىٰ هذا الوجه في حقه؛ لأن في زعمه أنه يأخذ المالَ لإسقاط حقه من الرق، وذلك جائزٌ.

وفي زعم المدعىٰ عليه أنه يُسقِط عن نفسه الخصومة، وذلك جائزٌ؛ لأنه يزعم أنه حرُّ الأصل.

ـ قال في «الهداية»[1]: يكون في حق المدعي: بمنزلة الإعتاق علىٰ مالٍ، ولهذا يصح علىٰ حيوانٍ في الذمة إلىٰ أجلٍ، وفي حق المدعىٰ عليه: يكون لدفع الخصومة، إلا أنه لا وَلاءَ عليه؛ لإنكار العبد، إلا أن يقيم البينةَ أنه عبده، فتُقبل، ويثبت الوَلاء.

---

(١) ٣/ ١٩٥.

وكلُّ شيءٍ وَقَعَ عليه الصلحُ، وهو مستَحَقٌّ بعقد المداينـة : لم يُحمَـل علىٰ المعاوضة، وإنما يُحمَل علىٰ أنه استوفىٰ بعضَ حقه، وأسقط باقيَه.

كمَن له علىٰ رجلٍ ألفُ درهمٍ جياد، فصالحه علىٰ خمسمائةٍ زيـوفٍ : جاز، وصار كأنه أبرأه عن بعض حقه.

---

* قوله: (وكلُّ شيءٍ وَقَعَ عليه عقدُ الصلح، وهو مستَحَقٌّ بعقد المداينة: لم يُحمَل علىٰ المعاوضة)؛ لأنه إذا ادعىٰ علىٰ رجلٍ دراهمَ، فصالحه علىٰ أقلَّ منها: لم يُحمَل علىٰ المعاوضة؛ لما فيه من الربا، (وإنما يُحمل علىٰ أنه استوفىٰ بعضَ حقه، وأسقط باقيَه).

ـ وإن صالحه علىٰ عينٍ من الأعيان، أو ادعىٰ عيناً، فصالحه منها علىٰ دراهم: جاز، ويُحمَل علىٰ المعاوضة؛ لأنه لا يؤدي إلىٰ الربا.

ـ وقوله: بعقد المداينة: يعني أن بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقُّه المدعي علىٰ المدعىٰ عليه بالعقد الذي جرىٰ بينهما: فإن الصلح لا يُحمَل علىٰ المعاوضة.

والمداينةُ: البيعُ بالدين.

ـ وإنما وَضَعَ المسألةَ في المداينة وإن كان الحكمُ في الغصب كذلك؛ لأن الغصبَ غيرُ مشروع.

* قوله: (كمَن له علىٰ رجل ألفُ درهمٍ جِيادٍ، فصالحه علىٰ خمسِمائةٍ زيوفٍ: جاز، وصار كأنه أبرأه من بعض حقِّه).

وقَبْضُ الخمسِمائة التي وقع عليها الصلح قبل التفرق: ليس بشرطٍ.

ولو صالحه علىٰ ألفٍ مؤجَّلة: جاز، وصار كأنه أجَّل نفسَ الحق.

ولو صالحه علىٰ دنانيرَ إلىٰ شهرٍ: لم يجز.

ولو كان له ألفٌ مؤجَّلةٌ، فصالحه علىٰ خمسمائةٍ حالَّةٍ: لم يجز.

ـ وكذا لو قال: حططتُ عنك خمسَمائة علىٰ أن تعطيني خمسَمائة: فالحط جائزٌ.

ـ ولو صالحه علىٰ أقلَّ من حقه من جهة القدر، ولكنه أزيد من جهة الوصف، كما إذا كان له ألفٌ نَبَهْرجةٌ، فصالحه علىٰ خمسمائة جيدة: لم يجز، وعليه ردُّ ما قَبَضَ، وله الرجوع بجميع حقه؛ لأن فيه معاوضةَ الجودة بما حطَّ، فيكون اصطناع المعروف من الجانبين، وإن كان اصطناع المعروف من جانب واحد: جاز الصلح.

* قوله: (ولو صالحه علىٰ ألفٍ مؤجلة: جاز، وصار كأنه أجَّل نفسَ الحق)؛ لأنه ليس فيه إلا تأخير المطالبة، وقد أخذ مثلَ حقه، فصار كمن أجَّل دينه الحال، ولذا حُمل علىٰ أنه أجَّل نفسَ الحق؛ لأنه لا يمكن جعلُه معاوضة؛ لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئةً: لا يجوز، فحملناه علىٰ التأخير.

* قوله: (ولو صالحه علىٰ دنانير إلىٰ شهرٍ: لم يجز)؛ لأن الدنانير غيرُ مستَحَقَّةٍ بعقد المداينة، فلا يُمكن حملُها علىٰ التأخير، ولا وجه له سوىٰ المعاوضة، وبيعُ الدراهم بالدنانير نسيئةً لا يجوز، فكذا لا يصح الصلح.

* قوله: (ولو كان له ألفٌ مؤجَّلةٌ، فصالحه علىٰ خمسمائة حالَّةٍ: لم يجز)؛ لأن المعجَّل خيرٌ من المؤجل، وهو غيرُ مستَحَقٍّ، فيكون بإزاء ما

. . . .

حطَّ عنه، وذلك اعتياضٌ عن الأجل، وهو حرامٌ، وإذا لم يجز: كان عليه ردُّ ما قبض، وله الرجوع برأس المال بعد حلول الأجل.

ـ ولو كان له عليه ألفٌ، فقال: متىٰ أديتَ إليَّ خمسَمائة: فأنت بريءٌ من الباقي، فأدىٰ خمسَمائة، فأبىٰ الطالب أن يفيَ له بذلك:

فإن أبا حنيفة قال: له ذلك، ولا يبرأ مما بقي؛ لأن هذه براءةٌ معلَّقة بشرط، وبراءةُ صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشروط؛ لأن فيها معنىٰ التمليك. كذا في «الكرخي».

ـ وكذا المرأة تقول هذه المقالة لزوجها في مهرها.

ـ والرجل يقول هذه المقالة لمكاتبه: إذا أديتَ إليَّ خمسَمائة فأنت بريءٌ مما بقي من مكاتبتك، ثم أبىٰ أن يفيَ بعد ما أدىٰ: فذلك له، ولا تجوز البراءة.

ـ وفي «الهداية»(١): مَن له علىٰ رجلٍ ألفٌ، فقال له: أدِّ إليَّ غداً منها خمسَمائةٍ علىٰ أنك بريءٌ من الفضل، ففَعَل: فهو بريءٌ، وإن لم يدفع إليه الخمسَمائة غداً: عاد عليه الألف، وهذا قولهما.

وقال أبو يوسف: لا يعود عليه؛ لأنه إبراءٌ مطلَقٌ، ألا ترىٰ أنه جعل أداءَ الخمسمائة عوضاً، حيث ذكره بكلمة: علىٰ، وهي للمعاوضة، والأداءُ لا يصلح عوضاً؛ لكونه مستَحَقّاً عليه، فجرىٰ وجوده مجرىٰ

---

(١) ٣/١٩٨.

ولو كان له ألفُ درهمٍ سودٍ، فصالحه علىٰ خمسمائةٍ بِيْضٍ: لم يجز.

عدمه، فبقي الإبراءُ مطلقاً، فلا يعود، كما لو بدأ بالإبراء.

ولهما: أن هذا إبراءٌ مقيدٌ بالشرط، فيفوت بفواته؛ لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد، وأنه يصلح عوضاً له؛ حَذارِ إفلاسه، أو توسلاً إلىٰ تجارةٍ أربح منه.

وكلمة: علىٰ: وإن كانت للمعاوضة، فهي محتملة للشرط.

ـ وأما إذا بدأ بالبراءة، فقال: أبرأتُك من خمسمائةٍ من الألف علىٰ أن تعطيَني الخمسَمائة غداً: فالإبراءُ فيه واقعٌ، أعطىٰ الخمسَمائة أو لم يعط؛ لأنه أطلق الإبراءَ أوَّلاً، وأداءُ الخمسمائة: لا يصلح عوضاً مطلَقاً، ولكنه يصلح شرطاً، فوقع الشك في تقييده بالشرط، فلا يتقيد به.

* قوله: (ولو كان له ألفٌ سُوْدٌ، فصالحه علىٰ خمسمائةٍ بيضٍ: لم يجز)؛ لأن البيض غير مستَحَقَّة بعقد المداينة، وهي زائدةٌ وصفاً، فتكون معاوضةَ الألفِ بخمسمائةٍ سودٍ وزيادةِ وصفٍ، وهو رباً.

ـ بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض علىٰ خمسِمائةٍ سود؛ لأنه إسقاطُ كلِّه قدراً ووصفاً.

ـ وبخلاف ما إذا صالح علىٰ قدر الدين، وهو أجود؛ لأنه معاوضةُ المثل بالمثل، ولا معتبرَ بالصفة، إلا أنه يُشترط القبضُ في المجلس قبل الافتراق، كما إذا كان له ألفُ درهم نبهرجة، فصالحه منها علىٰ ألف درهم جيدة: جاز، ويكون القبض قبل الافتراق شرطاً؛ لأنه استبدالٌ، فيكون صرفاً.

ومَن وكَّل رجلاً بالصلح عنه، فصالحه: لم يلزم الوكيلَ ما صالحه عليه، إلا أن يَضْمَنَه، والمالُ لازمٌ للموكِّل.

---

* قوله: (ومَن وكَّل رجلاً ليصالح عنه: لم يلزم الوكيلَ ما صالح عليه، إلا أن يضمنه، والمالُ لازمٌ للموكِّل).

يريد به إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين؛ لأنه إسقاطٌ محضٌ، فكان الوكيل فيه سفيراً عن الموكِّل ومعبِّراً، فلا ضمانَ عليه، كالوكيل بالنكاح لا يلزمه المهرُ.

ـ أما إذا وكَّله بالصلح عن مالٍ بمال، بأن ادعىٰ رجلٌ عليه عروضاً أو عقاراً أو نحوهما، فوكَّله بالصلح عنه علىٰ مال: فإن المال لازمٌ للوكيل؛ لأن حقوق العقد هنا علىٰ الوكيل، دون الموكِّل، ويرجع بما ضمن علىٰ الموكل.

ـ قال الخُجَندي: الوكيل بالصلح إذا ضمن المالَ: يرجع علىٰ الموكل، سواء أمره بالضمان أو لم يأمره، وجَعَلَ الأمرَ بالصلح أمراً بالضمان.

ـ وكذا إذا أمرتْه المرأةُ بأن يخالعها من زوجها، ففعل: يعود عليها، ويكون الأمرُ بالخلع أمراً بالضمان.

ـ بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهرَ للمرأة: فإنه لا يرجع به علىٰ الزوجُ إلا أن يكون أَمَرَه بالضمان.

والفرق: أن الخلع يجوز عليها بغير أمرها، ألا ترىٰ أن فضولياً لو قال للزوج: اخلع امرأتَك علىٰ مائةٍ من مالي، فخلعها: جاز، فلما كان يجوز:

فإن صالح عنه علىٰ شيءٍ بغير أَمْره : فهو علىٰ أربعة أوجه :

إن صالح بمالٍ، وضَمِنَه : تمَّ الصلح .

وكذلك إن قال : صالحتُك علىٰ ألفِي هذه : تمَّ الصلحُ، ولزمه تسليمُها .

ففائدة أمرها الرجوعُ عليها بالضمان.

ـ وكذا الأمر بالصلح: أمرٌ بالضمان؛ لهذا المعنىٰ، والنكاح لا يجوز علىٰ الرجل بغير أمره، ففائدة أمره: جوازُ النكاح، لا ثبوتُ الرجوع، فلذلك افترقا.

ـ وقوله: إلا أن يَضمنَه؛ لأنه حينئذ مؤاخَذٌ بعقد الضمان، لا بعقد الصرف.

* قوله: (وإن صالح عنه علىٰ شيءٍ بغير أمره: فهو علىٰ أربعة أوجه: إن صالح بمالٍ، وضمنه: تمَّ الصلح، ولزمه المال).

يريد به أن يقول: صالِحني من دعواك مع فلانٍ علىٰ ألفٍ علىٰ أني ضامِنٌ بها، أو قال: بألفٍ من مالي، أو بألف عليَّ، أو علىٰ ألفي هذه، فإذا فعل: فالمال لازمٌ للوكيل؛ لأنه متبرعٌ، ولا يكون له شيءٌ من المدعي، وإنما له الذي هو في يده.

* قوله: (وكذلك إذا قال: صالحتُك علىٰ ألفِي هذه)، أو علىٰ عبدي هذا: (تمَّ الصلح، ولزمه تسليمُها)؛ لأنه لما أضافه إلىٰ مال نفسه: فقد التزم تسليمَه، وهذا وجهٌ ثانٍ.

وكذلك لو قال : صالحتُك علىٰ ألفٍ، وسلَّمها إليه .

وإن قال : صالحتُك علىٰ ألفٍ، ولم يسلِّمها إليـه : فالعقـدُ موقـوفٌ، فإن أجازه المدَّعىٰ عليه : جاز، ولزمته الألفُ، وإن لم يُجِزْهُ : بَطَلَ .

---

* قوله: (وكذلك لو قال: صالحتُك علىٰ ألفٍ، وسلَّمها إليه)، وهذا وجهٌ ثالث؛ لأن التسليم يوجب سلامةَ العوض له، فيتم العقد.

* قوله: (وإن قال: صالحتُك علىٰ ألفٍ، وسكت[1]: فالعقد موقوفٌ، فإن أجازه المدعىٰ عليه: جاز، ولزمته الألف، وإن لم يجزه: بطل)، وهذا وجهٌ رابع.

وإنما وقف؛ لأن العاقد تبرَّع بالعقد، ولم يتبرَّع بالمال؛ لأنه لم يُضِفِ المال إلىٰ نفسه، فلم يلزمه. فإن أجازه المطلوب: لزمه المال، وإن لم يُجزه: بطل.

ـ وذكر الخُجَنديُّ وجهاً خامساً، وهو أن يقول: صالحني من دعواك علىٰ فلان، بإضافة الصلح إلىٰ نفسه، كما لو أضافه إلىٰ المال: فيجوز.

وبدلُ الصلح علىٰ المصالِح، سواء كان بأمر المدعىٰ عليه أو بغير أمره، وليس للمدعي علىٰ المدعىٰ عليه سبيلٌ، ويرجع المصالِح بما ضمن علىٰ المدعىٰ عليه إن كان الصلح بأمره، سواء أمره بالضمان أو لم يأمره، وإن كان بغير أمره: فإنه متبرِّعٌ، فلا يرجع عليه.

---

(١) وفي نُسخ من القدوري: ولم يسلمها إليه: بدل: وسكت.

وإذا كان الدَّين بين شريكين، فصالح أحدُهما من نصيبه علىٰ ثـوبٍ: فشريكُه بالخيار: إن شاء اتَّبَعَ الذي عليه الدَّيْن بنصفه، . . . .

ـ قال في «الهداية»[1]: ووجه آخر، وهو أن يقول: صالحتك علىٰ هذا الألف، أو علىٰ هذا العبد، ولم يَنسبه إلىٰ نفسه؛ لأنه لما عيَّنه للتسليم: صار شارِطاً سلامتَه، فيتمُّ بقَبوله.

فلو استُحق العبد، أو وَجَدَ به عيباً، فردَّه: فلا سبيل له علىٰ المصالح؛ لأنه التزم الإيفاءَ من محلٍّ بعينه، ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سَلِمَ المحلُّ: تمَّ الصلح، وإن لم يَسلَم: لم يرجع بشيء.

* قوله: (وإذا كان الدين بين شريكين، فصالح أحدُهما عن نصيبه علىٰ ثوب، فشريكُه بالخيار: إن شاء اتَّبع الذي عليه الدين بنصفه).

الأصل: أن الدَّيْنَ المشترَكَ بين اثنين: إذا كان بسببٍ واحد: فمتىٰ قَبَضَ أحدُهما شيئاً منه: فإن المقبوض: من النصيبين جميعاً، فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، ولكنه قبل المشاركة باقٍ علىٰ ملك القابض، حتىٰ ينفُذُ تصرُّفُه فيه، ويضمنُ لشريكه حصتَه.

ـ وإنما كان المقبوض من النصيبين جميعاً؛ لأنا لو جعلناه من أحدهما: قَسَمْنا الدينَ حالَ كونه في الذمة، وذلك لا يجوز؛ لأن القسمة تميِّز الحقوق، وذلك لا يتأتىٰ فيما في الذمة، وإذا لم تجز القسمةُ: صار المقبوض من الحقَّيْن.

(١) ١٩٧/٣.

وإن شاء أَخَذَ نصفَ الثوب، إلا أن يضمن له شريكُه رُبُعَ الدَّيْن.

والدينُ المشترك يكون واجباً بسببٍ متحد، كثمن المبيع إذا كان صفقةً واحدة، وثمن المال المشترك، والموروث بينهما، وقيمةِ المستهلَك المشترَك.

فإذا عرفنا هذا: نقول في مسألة الكتاب: له أن يَتْبع الذي عليه الأصل؛ لأن نصيبه باقٍ في ذمته؛ لأن القابض قَبَضَ نصيبَه، لكن له حق المشاركة؛ لأنه قبل أن يشاركه فيه باقٍ علىٰ ملك القابض.

* قوله: (وإن شاء أخذ نصفَ الثوب)؛ لأن له حقَّ المشاركة فيه.

* قوله: (إلا أن يَضمن له شريكُه ربعَ الدين)؛ لأن حقه في ذلك.

ـ فإن لم يأخذ نصفَ الثوب، وأراد الرجوع علىٰ غريمه، فتَوَىٰ المالُ عليه: فله أن يرجع علىٰ شريكه بنصف الثوب؛ لأن المقبوض إنما وقع في الأصل مشتركاً، فإن أخَّر أحدُهما نصيبَه، ولم يؤخِّر الآخرُ: لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز. كذا في «شرحه».

ـ وفي «الهداية»[1]: يصح عند أبي يوسف؛ اعتباراً بالإبراء المطلق، وعندهما: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلىٰ قسمة الدَّيْن قبل القبض؛ لأن نصيب أحدهما يصير مؤجلاً، ونصيب الآخر معجلاً، فيتميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر، وقسمةُ الدين حالَ كونه في الذمة: لا يجوز.

---

(١) ٣/ ٢٠٠.

ولو استوفىٰ نصفَ نصيبه من الدَّيْن: كان لشريكه أن يَشْرَكَه فيما قبض، ثم يرجعان علىٰ الغريم بالباقي.

ولو اشترىٰ أحدُهما بنصيبه من الدَّيْن سلعةً: كان لشريكه أن يضمِّنه ربعَ الدَّين.

وأبو يوسف يقول: في تأخير أحدهما لنصيبه: إسقاطُ حقه في المطالبة، فصار كالبراءة والهبة.

* قوله: (ولو استوفىٰ نصفَ نصيبه من الدين: كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض، ثم يرجعان علىٰ الغريم بالباقي)؛ لأن المقبوض صار مشتركاً، فهو من الحقَّيْن جميعاً.

* قوله: (وإن اشترىٰ أحدُهما لنفسه بنصيبه من الدين سلعةً: كان لشريكه أن يُضمِّنه ربعَ الدين)؛ لأنه صار قابضاً حقَّه بالمقاصَّة كَمَلاً؛ لأن مبنىٰ البيع علىٰ المماكسة، بخلاف الصلح فإن مبناه علىٰ الإغماض والحطيطة، فلو ألزمناه دفعَ ربع الدين في الصلح: يتضرر به، فيتخيَّر القابض في الصلح.

ـ وقوله: كان لشريكه أن يُضمِّنه ربعَ الدين: هذا إذا كان ثمنُ السلعة مثلَ نصف الدين، ولا سبيلَ للشريك علىٰ الثوب في البيع؛ لأنه مَلَكَه بعقده، والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين.

وللشريك أن يَتْبع الغريم في جميع ما ذكرنا؛ لأن حقه في ذمته باق؛ لأن القابض استوفىٰ نصيبَه حقيقةً، لكن له حقُّ المشاركة، وله أن لا يشاركه.

وإن كان السَّلَمُ بين شريكين، فصالح أحدُهما من نصيبه علىٰ رأس المال: لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز الصلحُ.

وإذا كانت التركةُ بين ورثةٍ، فأخرجوا أحدَهم منها بمالٍ أعطَوْه إياه، والتركةُ عقارٌ أو عُروضٌ: جاز، قليلاً كان ما أعطَوْه أو كثيراً.

---

* قوله: (وإذا كان السَّلَم بين شريكين): أي المسلَم فيه، (فصالح أحدُهما من نصيبه علىٰ رأس المال: لم يجز عندهما، وقال أبو يوسف: يجوز الصلح)؛ اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشتريا عبداً، فأقال أحدُهما في نصيبه خاصة.

ولهما: أنه لو جاز في نصيبه خاصةً: تكون قسمةُ الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما: لا بدَّ من إجازة الآخر؛ لأن فيه فَسْخَ العقد علىٰ شريكه بغير إذنه، وهو لا يملك ذلك.

وقول محمدٍ في نسخةٍ[1]: مع أبي يوسف، وفي نسخة: مع أبي حنيفة.

* قوله: (وإذا كانت التركةُ بين ورثةٍ، فأخرجوا أحدَهم عنها بمالٍ أعطَوْه إياه:

فإن كانت التركةُ عقاراً أو عُروضاً: جاز، قليلاً كان ما أعطَوْه إياه أو كثيراً)؛ لأنه أمكن تصحيحُه بيعاً.

---

(١) أي من مختصر القدوري.

وإن كانت التركةُ فضةً فـأعطَوْه ذهبـاً، أو ذهبـاً فـأعطَوْه فـضةً: فهـو كذلك.

وفيه أثرُ عثمانَ رضي الله عنه، فإنه صالح تُماضِرَ امرأةَ عبدِ الرحمن بن عَوْف عن رُبع ثُمُنها علىٰ ثمانين ألف دينار[١].

* قوله: (وإن كانت التركةُ فضةً، فأعطَوْه ذهباً، أو كانت ذهباً، فأعطوه فضةً: فهو جائزٌ)، ويُعتبر التقابض في المجلس؛ لأنه معتَبَرٌ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ١١٢/٤: غريبٌ بهـذا اللفـظ، ثم ذكـر عـن مصنَّف عبد الرزاق أن امرأةَ عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهلُه من ثلث الثُّمُن بثلاثـةٍ وثمانين ألف درهم.

ونقل عن الطبقات لابن سعد ١٣٦/٣ في ترجمة عبد الرحمن بن عوف أنه تـرك أربع نسوة، وأُخرجت إحداهن من ثُمُنها بثمانين ألف.

كما نقل عن ابن سـعد في الطبقـات ١٢٩/٣ في قـصة زواج عبـد الـرحمن مـن تُماضِر هذه، أن رسول الله صلىٰ الله عليـه وسـلم بعـث عبـد الـرحمن بـن عـوف في سبعمائة إلىٰ دَوْمة الجَنْدل سنة ستٍّ، فنقض عمامته، ثم عمَّمه بعمامة سوداء، فأرخىٰ بين كتفيه منها، فقَـدِمَ دومـةَ الجنـدل، فـدعاهم إلىٰ الإسـلام فـأَبَوْا ثلاثـاً، ثم أسـلم الأصبغ بن عمرو الكلبي، وكان نـصرانياً، وكـان رأسَـهم، فبعـث عبـدُ الـرحمن إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بذلك، فكتب إليـه أن تـزوَّج تماضِـرَ بنـتَ الأصـبغ، فتزوج بها، وأقبل بها، وهي أم ولده أبي سلمة.

كما نقل الزيلعي في نصب الراية ١٣/٤: عن ابن سعد في الطبقـات ٢٩٩/٨ في ترجمة صاحبة القصة تُماضِر بنت الأصبغ أنـه كـان فيهـا سـوءُ خُلُـق، وكانـت علـىٰ تطليقتين من عبد الرحمن بن عوف، فطلَّقهـا الثالثـة وهـو في مـرض موتـه، فورَّثهـا عثمان منه بعد انقضاء العدة.

وعدَّها ابن حجر في الإصابة ٢٥٥/٤ من الصحابيات رضي الله عنهن أجمعين.

وإن كانت التركةُ ذهباً وفضةً، وغيرَ ذلك، فصالحوه علىٰ فضة، أو ذهبٍ: فلا بدَّ أن يكون ما أعطَوْه أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس، حتىٰ يكون نصيبُه بمثله، والزيادةُ بحقه من بقية الميراث.

وإذا كان في التركة دَيْنٌ علىٰ الناس، فأدخلوه في الصلح، علىٰ أن يُخْرِجوا المصالَحَ عنه، ويكونَ الدَّيْنُ لهم: فالصلحُ باطلٌ.

بالصرف، وإن افترقا قبل القبض: بطل.

* قوله: (وإن كانت التركةُ ذهباً وفضةً، وغيرَ ذلك، فصالحوه علىٰ فضة أو ذهب: فلا بدَّ أن يكون ما أعطَوْه أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس، حتىٰ يكون نصيبُه بمثله، والزيادةُ بحقِّه من بقية الميراث).

احترازاً عن الربا، ولا بدَّ من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة؛ لأنه صرفٌ في هذا القدر.

ـ وإن كان بدل الصرف عَرْضاً: جاز مطلقاً؛ لعدم الربا.

ـ قوله: فلا بدَّ أن يكون أكثرَ من نصيبه: إنما يبطل الصلح علىٰ مثل نصيبه، أو أقل حالَ التصادق، أما إذا كانوا جاحدين أنها امرأةُ الميت: فالصلح جائزٌ؛ لأن المعطىٰ إنما هو لقطع المنازعة، لا للمعاوضة، حتىٰ لو كان ذهباً، فصالحوه عنه بذهبٍ أقلَّ منه: جاز.

* قوله: (وإن كان في التركة دينٌ علىٰ الناس، فأدخلوه في الصلح علىٰ أن يُخرجوا المصالِحَ عنه، ويكون الدينُ لهم: فالصلح باطلٌ).

فإن شرطوا أن يبرأ الغرماءُ منه، ولا يُرجَعَ عليهم بنـصيب المـصالَح: فالصلحُ جائزٌ.

المصالِح: بكسر اللام، والضمير في: عنه: راجعٌ إلىٰ الدين؛ لأن فيه تمليكَ الدين لغير مَن هو عليه، وهو حصة المصالِح.

ـ وقوله: فالصلح باطلٌ: أي في العين والدين.

❋ قوله: (وإن شرطوا أن يَبرأ الغرماءُ منه، ولا يرجعَ عليهم بنصيب المصالِح: فالصلحُ جائزٌ)؛ لأنه إسقاطٌ، إذ هو تمليكُ الدين ممن هو عليه، وذلك جائزٌ.

ـ وهذه حيلةُ الجواز، وحيلةٌ أخرىٰ: أن يُعجِّلوا قضاء نصيبه متبرِّعين، وفي الوجهين ضررٌ بهم، والأوجه أن يُقرِضوا المصالحَ مقدارَ نصيبه، ويصالحوه عما وراء الدين، ويُحيلهم علىٰ استيفاء نصيبه من الغرماء.

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

كتاب الهبة

الهبةُ تصحُّ بالإيجاب والقبول، . . . .

كتاب الهبة

الهبةُ في اللغة هي: التبرُّع.

وفي الشرع: عبارةٌ عن تمليك الأعيان بغير عوض.

ـ وهي جائزةٌ بالكتاب، وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾. النساء/ ٤، أي هنيئاً، لا إثمَ فيه، مريئاً، لا مَلامةَ فيه.

وقيل: الهنيءُ: الطيِّبُ المَسَاغ، الذي لا يُنغِّصه شيء، والمَريءُ: المحمود العاقبة، الذي لا يَضُرُّ ولا يؤذي.

وبالسُّنَّة: وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «تهادُوا تحابُّوا»[1].

* قال رحمه الله: (الهبةُ تصح بالإيجاب والقبول).

ـ إنما قال: تصح، وقال في البيع: ينعقد: لأن الهبة تتم بالإيجاب

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٦٩: رواه البخاري في الأدب المفرد (٦٠٧)، والبيهقي ٦/ ١٦٩، وأورده ابن طاهر في مسند الشهاب (٦٥٩)، وإسنادُه حسن. اهـ

وتتمُّ بالقبض.

وحده، ولهذا لو حلف: لا يَهَب، فوهب، ولم يَقبل الموهوبُ له: حنث.

أما البيع: فلا يتم إلا بهما جميعاً، حتىٰ لو حلف: لا يبيع، فباع، ولم يقبل الآخرُ: لا يحنث، فلهذا استعمل لفظ: ينعقد في البيع.

* قوله: (وتتمُّ بالقبض).

- قال في «الهداية»[1]: القبض لا بدَّ منه لثبوت الملك؛ لأن الهبة عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض: إلزامُ المتبرع شيئاً لم يتبرَّع به، وهو التسليم، فلا يصح.

- قال في «الينابيع»: القبضُ يقوم مقام القبول، حتىٰ إنه إذا قال له: وهبتُ لك عبدي هذا، والعبدُ حاضرٌ، فقَبَضَه: جاز وإن لم يقل: قَبِلتُ.

- وكذا لو كان العبد غائباً، فقال: وهبتُه منك، فاذهب فاقبِضْه، ولم يقل: قَبِلتُ، فذهب وقَبَضَه: جاز.

- ولو وهب الدينَ من الغريم، أو أبرأه منه: لم يَفتقر إلىٰ القبول عند أبي حنيفة، ويَرتدُّ بالردِّ.

وقال زفر: يقف علىٰ القبول.

فإن وهب لرجلٍ ديناً علىٰ آخر، وأَذِنَ له في قبضه منه، فقَبَضَه: جاز؛ استحساناً.

---

(١) ٣/٢٢٤.

فإن قَبَضَ الموهوبُ له في المجلس بغير أمْرِ الواهب : جاز .

وإن قَبَضَ بعد الافتراق : لم تصحَّ إلا أن يأذن له الواهبُ في القبض .

ـ وفي «شرحه»: إذا كان له علىٰ رجلٍ دينٌ، فوهبه له: لم يكن له أن يرجع فيه؛ لأن هبةَ الدين ممن هو عليه: إسقاطٌ له، وبراءةٌ منه، فلم يبق هناك عينٌ يُمكن الرجوعُ فيها.

ـ وإن قال الموهوب له مُجيباً له: لا أقبلُها: فالدينُ بحاله؛ لأنه ردٌّ للهبة.

ـ وإن كان الموهوب له غائباً، فلم يعلم بالهبة حتىٰ مات: جازت الهبة، وبرئ عما كان عليه؛ لأن الهبة تَنفرد بالواحد، فتتمُّ بالإيجاب، وإنما تبطل بالرد، وقد فات الردُّ، فبقيت.

* قوله: (فإن قَبَضَ الموهوبُ له في المجلس بغير أمر الواهب: جاز)، وهذا استحسانٌ؛ لأن تمام الهبة بالقبض، كما أن تمام البيع بالقبول، والقبولُ لا يحتاج إلىٰ إذن الموجِب بعد الإيجاب، فكذا الهبة.

* قوله: (وإن قَبَضَ بعد الافتراق: لم يصحَّ، إلا أن يأذن له الواهبُ في القبض).

ـ أما إذا لم يأذن له: فلأنَّ القبض في الهبة كالقبول، وذلك يختص بالمجلس، لا بعده، فإذا قبض بعد ذلك: لم يجز، كما لو قَبِلَ بعد المجلس.

. . . .

ـ وأما إذا أَذِنَ له: فالإذن تسليطٌ منه علىٰ القبض، والتسليط يبقىٰ بعد المجلس، كالتوكيل.

ـ فإن كان الموهوبُ موجوداً في المجلس، فقال له: قد خلَّيتُ بينك وبينه، فاقبِض، وانصرف الواهِبُ، وقَبَضَه بعده: جاز؛ لأن التسليط لا يبطل بعد الافتراق.

ـ وإن أَذِنَ له في قبضه بعد الافتراق، فلم يقبضه حتىٰ عزله: لم يصح قبضُه بعد ذلك.

ـ فإن مات الواهب قبل القبض: بطلت الهبة.

ـ وكذا إذا مات الموهوب له.

ـ أما إذا مات الواهب: فلأن بموته زال ملكه، وفات تسليطه كالموكل.

ـ وأما إذا مات الموهوب له: فلأنه لمَّا مات قبل قبضه: لم يكن مالكاً له، فلم يكن موروثاً عنه.

ولهذا قالوا: إن الهبة ما لم تُقبض: فهي علىٰ ملك الواهب، حتىٰ إنه لو رجع فيها قبل قَبْضها: صح رجوعه.

ـ ولو وُهب للعبدِ هبةٌ: فالقبول إلىٰ العبد، ولا يجوز قبولُ المولىٰ له، ولا قَبْضُه له، ثم بعد ذلك يَملِكُه المولىٰ.

ـ وللواهب أن يرجع، ولا يكون هذا كالخروج؛ لأن الملك للعبد لا يستقر، فصار كالوكيل.

وتنعقد الهبةُ بقوله : وهبتُكَ، و : نَحَلْتُكَ، و : أعطيتُكَ، و : أطعمتُكَ هذا الطعام، و : جعلْتُ هذا الثوب لك، و : أعمرتُكَ هذا الشيءَ، و : حملتُكَ علىٰ هذه الدابة، إذا نوىٰ بالحِمْلان الهبةَ.

ـ ولو قَبِل العبد الهبة، ولم يقبلها المولىٰ: صحت.

ـ ولو ردَّها العبد، وقَبِلَها المولىٰ: لم تصح.

ـ ولا يجوز قبضُ المولىٰ، ولا قبولُه لما وُهب للعبد، سواء كان علىٰ العبد دينٌ، أو لم يكن.

* قوله: (وتنعقد الهبة بقوله: وهبتُك، و: نحلتُك، و: أعطيتُك، و: أطعمتُك هذا الطعامَ، و: جعلتُ هذا الشيءَ لك).

ـ قال في «الهداية»[1]: الإطعام إذا أُضيف إلىٰ ما يُطعَم عينُه: فإنه يراد به تمليك العين، بخلاف ما إذا قال: أطعمتُك هذه الأرض، حيث تكون عاريةً؛ لأن عينَها لا تُطعم.

* قوله: (و: أعمرتُك هذا الشيءَ، و: حملتُك علىٰ هذه الدابة إذا نوىٰ بالحِمْلان الهبةَ)، وإن نوىٰ العاريةَ: كانت عاريةً؛ لأنها تحتملها.

ـ وإن قال: كسوتُك هذا الثوب: كان هبةً؛ لأنه يُراد به التمليك، قال الله تعالىٰ: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾. المائدة/٨٩.

ـ ولو قال: منحتُك هذه الجاريةَ: كانت عارية.

---

(١) ٣/٢٢٤.

ولا تجوز الهبةُ فيما يُقسَم إلا مَحُوزةً مقسومةً.

وهبةُ المُشَاع فيما لا يُقْسَم جائزةٌ.

ـ قال في «الكرخي»: إذا منحه بعيراً أو شاةً أو ثوباً أو داراً: فهي عاريةٌ.

وإن مَنَحَه طعاماً أو لبناً أو دراهمَ: ففيه روايتان: إحداهما: هبةٌ، والأخرىٰ: قرضٌ.

والأصل فيه: أن كلَّ ما يُنتفع به كالسكنىٰ، أو اللُّبْس، أو الركوب: فهو عاريةٌ، وكل ما لا يُنتفع به إلا بأكله، أو استهلاكه: ففيه روايتان.

* قوله: (ولا تجوز الهبة فيما يُقسَم إلا محوزةً مقسومةً).

ـ وكذا الصدقة.

ـ وتجوز فيما لا يُقسم.

ولا فرق في ذلك بين الشريك وغيره، يعني إذا وهب من شريكه: لا يجوز.

ـ ومعنىٰ قوله: لا تجوز: أي لا يثبت الملك فيها؛ لأنها في نفسها وقعت جائزةً، لكن غير مثبِتة للملك قبل تسليمها محوزةً، فإنه لو قَسَمَها، وسلَّمها مقسومةً: صحَّت.

* قوله: (وهبةُ المُشاع فيما لا يُقسَم جائزةٌ)، كالعبد والثوب، وأشباه ذلك؛ لأن الإشاعة فيما لا يَحتمل القسمة غيرُ مؤثِّرة في الهبة.

ومَن وَهَبَ شِقْصاً مشاعاً : فالهبةُ فاسدةٌ .

ـ بخلاف الرهن: فإنه لو رهن مشاعاً: فإنه لا يجوز فيما يحتمل القسمة، وفيما لا يحتملها.

* قوله: (ومَن وهب شِقْصاً مُشاعاً: فالهبةُ فاسدةٌ).

اعلم أنه يُحتاج في هذه المسألة إلىٰ أصولٍ ثلاثة:

ـ أحدها: الفرق بين ما يَحتمل القسمة، وبين ما لا يَحتملها.

ـ والثاني: الشيوعُ المفسِدُ: هل هو المقارن، أو الطارئ؟

ـ والثالث: بيان العبرة في الشيوع، هل هو لوقت القبض، أو لوقت الهبة؟

ـ أما الأول: إذا وهب له نصفَ درهم صحيحٍ، أو نصفَ مثقال صحيح: يجوز، هو الصحيح، وجُعل هذا بمنزلة مُشاعٍ لا يحتمل القسمة؛ لأن تبعيضه يوجب نقصاناً في ماليته.

ـ وأما الثاني: فالمفسِدُ هو: الشيوع المقارِن، دون الطارئ، حتىٰ إن مَن وهب هبةً، ثم رجع في بعضها: لا يمنع صحتَها. كذا في «شاهان».

وفي «الينابيع»: إذا وَهَبَ له داراً، فقبضها، ثم استُحِقَّ بعضُها: بطلت الهبة.

ـ والثالث: أن العبرة في الشيوع لوقت القبض، حتىٰ لو وَهَبَ له نصفَ دار، ولم يسلم حتىٰ وهب له النصفَ الآخر، وسلَّم: جاز.

فإن قَسَمه وسلَّمه : جاز.

ـ وإنما لم تَجز هبةُ المشاع فيما يُقسَم؛ لأن القبض منصوصٌ عليه في الهبة، قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبةُ إلا مقبوضةً»[١].

فيُشترط كمالُ القبض، والمشاعُ لا يقبله إلا بضم غيره إليه، وذلك غير موهوب.

ولأن في تجويزه: إلزامه شيئاً لم يلتزمه، وهو القسمة.

ـ وقوله: فالهبة فاسدةٌ: أي لا يثبت الملكُ، فلو أنه وهب مشاعاً فيما يُقسَم، وسلَّمه علىٰ الفساد: هل يثبت الملك، ويقع مضموناً كما في البيع الفاسد، أم لا؟

فيه اختلاف المشايخ، والمختارُ أنه لا يثبت الملك، ويجب الضمان.

* قوله: (فإن قَسَمَه، وسلَّمه: جاز)؛ لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع.

ـ ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره: لا يصح إلا إذا وقع عليه الفصل والتمييز، والقبضُ بإذن الواهب، فحينئذ يجوز استحساناً، مثل أن يهب ثمراً علىٰ رؤوس النخل والشجر، وخلَّىٰ بينه وبينها من غير فَصْل: فالهبة

---

(١) قال في نصب الراية ٤/١٢١: غريب، وفي الدراية ٢/١٨٣: لم أجده. اهـ قلت: هذا مرفوعاً، لكن روي عن ابن عباس بلفظ: «لا تجوز الصدقة حتىٰ تُقبض»، كما في مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٥١٠)، وروي عن إبراهيم النخعي: «أنه قال في الهبة والصدقة: لا تجوز إلا مقبوضةً معلومةً»، كما في الآثار لأبي يوسف (٧٥١)، وينظر التعريف والإخبار للعلامة قاسم ٢/٤٥٠.

. . . .

باطلةٌ، فإن ميَّزه وفَصَلَه، وأقبضه: جاز؛ استحساناً.

والقياسُ: لا يجوز، وهو قول زفر.

ـ فإن فَصَلَه الموهوب له، وقبضه بغير إذن الواهب: لم يصح قياساً واستحساناً، سواء كان الفصل والقبض بحضرته، أو بغير حضرته.

ـ وكذا إذا وهب الأشجارَ دون الأرض، أو الزرعَ دون الأرض.

ـ ولو وهب داراً فيها متاعٌ للواهب، وسلَّم الدارَ إليه، أو سلَّمها مع المتاع: لم يصح؛ لأن الدارَ مشغولةٌ بالمتاع، والفراغُ شرطٌ لصحة التسليم.

ـ والحيلة فيه: أن يودِعِ المتاعَ أولاً عند الموهوب له، ويخلي بينه وبينه، ثم يسلم الدارَ إليه، فيصح؛ لأنها مشغولةٌ بمتاعٍ هو في يده.

ـ وبعكسه: لو وهب المتاعَ دون الدار، وخلَّىٰ بينه وبينه: صح؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً بها.

ـ وإن وهب له الدارَ والمتاعَ جميعاً، وخلىٰ بينه وبينهما: صح فيهما جميعاً.

ـ وإن وهب أحدَهما، وسلَّم، ثم وهب الآخرَ وسلَّم:

إن قدَّم هبةَ الدار: فالهبة فيها: لا تصح، وفي المتاع: تصح.

وإن قدَّم هبةَ المتاع: صح فيهما جميعاً؛ لأن الدار وقت تسليمها كانت مشغولةً بمتاع الموهوب له، فلا يمنع القبض.

ولو وَهَبَ دقيقاً في حنطة، أو دُهناً في سِمْسِم : فالهبة فاسدةٌ.
فإن طَحَن، وسلَّم : لم يجز.

---

* قوله: (ولو وهب دقيقاً في حنطة، أو دُهناً في سِمْسِم: فالهبة فاسدةٌ، فإن طَحَنَ، وسلَّم: لم يجز)؛ لأن الموهوبَ معدومٌ، والمعدوم ليس بمحلٍّ للملك، فوقع العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد.

ـ بخلاف المشاع؛ لأن المُشاع محلٌّ للتمليك، ولهذا يجوز بيعُ المُشاع.

وبيع الدقيق في الحنطة، والدُّهنِ في السِّمسم: لا يجوز بيعه، فكذا هبتُه.

ـ قال في «الهداية»[1]: وهبةُ اللبن في الضرع، والصوفِ علىٰ ظهر الغنم، والزرعِ والنخلِ في الأرض، والثمرِ في النخل: بمنزلة المشاع؛ لأن امتناع الجواز؛ للاتصال، وذلك يَمنع القبضَ، كالشائع.

ـ فإن أذن للموهوبُ له في القطع والقبض: جاز.

ـ وجعل في «الكرخي» اللبنَ في الضرع: بمنزلة هبة الدهن في السمسم.

ـ قال فيه: ولو وَهَبَ ما في بطن جاريته، أو ما في بطون غنمه، أو ما في ضروعها من اللبن، أو دُهناً في سمسم، وسلَّطه علىٰ قَبْضه عند الولادة، أو عند استخراجه: لم يجز؛ لأن الموهوب لم يصح العقد عليه، فلا تجوز هبته، كما لا يجوز بيعه.

---

(١) ٣/٢٢٦.

وإذا كانت العينُ في يد الموهوب له: مَلَكها بالهبة وإن لم يجدِّد فيها قبضاً.

ـ قال: وليس كذلك هبة المُشاع إذا قُسِم؛ لأنه يجوز العقد عليه، حتىٰ يجوزُ بيعُه.

* قوله: (وإنِ كانت العينُ الموهوبة في يد الموهوب له: مَلَكَها بالهبة وإن لم يُجدِّد فيها قَبْضاً)؛ لأنها في قَبْضِه، والقبضُ هو الشرط.

والأصل: أنه متىٰ تجانس القبضان: ناب أحدُهما عن الآخر، وإذا اختلفا: ناب المضمونُ عن غير المضمون، ولا ينوب غيرُ المضمون عن المضمون.

بيانه: إذا كان الشيء مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بالبيع الفاسد، ثم باعه منه بيعاً صحيحاً: جاز، ولا يَحتاج إلىٰ قبضٍ آخر؛ لاتفاق القبضين.

ـ وكذا إذا كان عاريةً، أو وديعةً، فوَهَبَه له: لا يَحتاج إلىٰ قبضٍ آخر؛ لاتفاقهما؛ لأن كلاهما أمانةٌ.

ـ ولو كان مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بالعقد الفاسد، فوَهَبَه من صاحب اليد: لا يَحتاج إلىٰ قبضٍ آخر.

ـ وإن كان وديعةً أو عاريةً، فباعه منه: فإنه يَحتاج إلىٰ قبضٍ جديدٍ؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن المضمون.

ـ وقوله: وإن لم يجدِّد فيها قبضاً: يعني إذا كانت في يده وديعة أو عارية أو مغصوبة أو مقبوضة بالعقد الفاسد، أما إذا كانت رهناً: فإنه

وإذا وَهَبَ الأبُ لابنه الصغير هبةً : مَلَكَها الابنُ بالعقد وإن لم يوجد فيها قبضٌ.

فإن وَهَبَ له أجنبيٌّ هبةً : تمَّت بقبض الأب .

يَحتاج إلىٰ تجديد القبض، وروي أنه لا يحتاج.

* قوله: (وإذا وَهَبَ الأبُ لابنه الصغير هبةً: مَلَكَها الابنُ بالعقد)؛ لأنها في قبض الأب، فينوب عن قبض الهبة.

ـ ولا فرق بين ما إذا كانت في يده، أو في يد مودَعه؛ لأن يده كيده.

ـ بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً؛ لأنه في يد غيره، أو في ملك غيره.

ـ وكذا إذا وَهَبت له أمُّه، وهو في عيالها، والأبُ ميتٌ، ولا وصيَّ له.

ـ وكذا كلُّ مَن يعوله.

ـ وينبغي للأب أن يُعلَم أنه وُهِب له، أو يُشهَد عليه؛ كي لا يَجحد هو أو غيره؛ لأنه لا يُعلم زوالُ ملكه إلا بذلك.

* قوله: (فإن وهب له أجنبيٌّ هبةً: تمَّت بقبض الأب)؛ لأن له عليه ولايةً.

ـ فإن لم يكن الأب حياً، فقَبَضَ له أجنبيٌّ: إن كان يعولُه: جاز، وإلا: فلا.

ـ وكذا إذا كان القابض له أخاً أو عمًّاً أو خالاً: فالقبضُ لمَن يعوله، دون غيره.

وإذا وُهِبَت لليتيم هبةٌ، فقَبَضَها وليُّه له : جاز.

ـ وإن دفعها الواهبُ إلىٰ الصبي: إن كان يعقل: جاز، وإلا: فلا.

ـ وإن وُهب للصغيرة هبةٌ، ولها زوجٌ: إن كانت قد زُفَّتْ إليه: جاز قَبْضُه لها، وإن كانت لم تُزفَّ: لم يجز؛ لأن الأب إذا نَقَلَها معه إلىٰ منزله، فقد أقامه مَقامَ نفسه في حفظها، وحَفْظِ مالها، وقبضُ الهبة من باب الحفظ، ولكن بهذا لا تنعدم ولاية الأب، حتىٰ إذا قبض لها الأب: صح.

ـ وإن قَبضت هي لنفسها: صح إذا كانت تعقل.

ـ ويملك الزوجُ القبضَ لها مع حضرة الأب، بخلاف الأم، وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لا يملكونه، إلا بعد موت الأب، أو غيبته غيبةً منقطعةً، في الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة، لا بتفويض الأب، ومع حضور الأب: لا ضرورة.

ـ وإن أدركت: لم يجز قبضُ الأب، ولا الزوجِ عليها إلا بإذنها؛ لأنها صارت وليةَ نفسها.

* قوله: (وإذا وُهب لليتيم هبةٌ، فقَبَضَها له وليُّه: جاز)، وهو وصيُّ أبيه أو جده، أو وصيُّ جده أو القاضي، أو مَن نصبه القاضي.

ـ قال في «النهاية»: لا يجوز قبضُ الهبة للصغير إلا لأربعة، وهم هؤلاء المذكورون، أما مَن سواهم من الأقارب: لا يجوز، إلا إذا كان يعوله، كالأجنبي.

فإن كان في حِجْر أمه، فقَبْضُها له جائزٌ.

وكذلك إن كان في حِجْر أجنبيٍّ يربِّيه: فقَبْضُه له جائزٌ.

وإن قَبَضَ الصبيُّ الهبةَ بنفسه وهو يعقلُ: جاز.

وإن وَهَبَ اثنان من واحد داراً: جاز.

وإن وَهَبَ واحدٌ من اثنين داراً: لم تصحَّ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تصح.

---

* قوله: (وإن كان في حِجر أُمِّه، فقَبْضُها له جائزٌ)؛ لأن لها الولاية فيما ترجع إلىٰ حفظه، وحفظِ ماله، وهذا من بابه، وهذا إذا كان الأب ميتاً، أو غائباً غَيْبةً منقطعةً.

* قوله: (وكذلك إذا كان في حِجْرِ أجنبيٍّ يُربِّيه)؛ لأن له عليه يداً معتبرة، ألا ترىٰ أنه لا يتمكن أجنبيٌّ آخر أن ينتزعه من يده، وهذا مع عدم الأربعة الذين ذكرناهم.

وكذا إذا كان الأجنبي هو الواهب، فأعلمها، وأبانها[1]: جاز.

* قوله: (وإن قَبَضَ الصبيُّ الهبةَ لنفسه: جاز)، يعني إذا كان يعقل؛ لأنه نَفْعٌ في حقِّه.

* قوله: (وإذا وَهَبَ اثنان لواحدٍ داراً: جاز)؛ لأنهما سلَّماها جملةً واحدةً، وهو قَبَضَها جملةً واحدةً، فلا شيوع.

* قوله: (وإن وهبها واحدٌ من اثنين: لم يَجز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تصح)؛ لأن هذه هبةُ الجملة منهما، إذِ التمليك

---

(١) هكذا في نُسخ الجوهرة: فأعلمها وأبانها، وكذلك في السراج الوهاج ؟!!

. . . .

واحدٌ، فلا يتحقق الشيوع، كما إذا رهن من رجلين.

وله: أن هذه هبة النصف من كل واحد، ولهذا لو كانت فيما لا يُقسم، كالعبد والجارية، فقَبِل أحدهما: يصح.

ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف، فيكون التمليك كذلك؛ لأن حكمَه بخلاف الرهن؛ لأن حكمَه الحبسُ، وهو يثبت لكل واحدٍ منهما كاملاً، ولهذا لو قضىٰ دينَ أحدِهما: لا يَستردُّ شيئاً من الرهن.

ـ ثم إذا كانت لا تجوز: لو قَسَمَ، وسلَّم إلىٰ كل واحد منهما حصته: جاز.

وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه وقع في الابتداء فاسداً، فلا ينقلب جائزاً إلا بالاستئناف.

ـ وإن قال: وهبتُها لكما: لأحدكما ثلثاها، وللآخر ثلثُها: لم يصح عندهما، وقال محمد: يصح.

ـ وإن قال: وهبتُها منكما، لكل واحد نصفُها: لم يصح عند أبي حنيفة.

وقال محمد: يصح، وعن أبي يوسف: روايتان، إحداهما: مثل قول أبي حنيفة، والثانية: مثل قول محمد.

ـ وأما إذا وهب واحدٌ من اثنين شيئاً لا يُقسَم، كالعبد ونحوه: فإنه يجوز، إجماعاً.

وإذا وَهَبَ لأجنبيٍّ هبةً: فله الرجوعُ فيها، . . . .

هذا كلُّه حكم الهبة.

ـ وأما الصدقة: قال في «الجامع الصغير»[1]: إذا تصدق علىٰ فقيرين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما: جاز.

ـ وإن تصدق بها علىٰ غنيين، أو وهبها لهما: لم يجز.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز للغنيين أيضاً؛ لأن الصدقة والهبة كلاهما تمليكٌ بغير بدل.

وأبو حنيفة فرَّق بينهما في الحكم، فقال: الصدقة يُراد بها وجه الله تعالىٰ، وهو واحدٌ لا شريك له، والهبةُ يراد بها وجه الغني، وهما اثنان، وهذا هو الصحيح ؛ لأن الصدقة علىٰ الغني هبةٌ، والهبةُ للفقير صدقة.

قال الخُجَندي: إذا وهب من اثنين: إن كانا فقيرين: جاز، بالإجماع، كالصدقة، والصدقةُ تقع لواحد، وهو الله سبحانه وتعالىٰ.

وإن كانا غنيين: لا تجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: تجوز.

وأما الصدقة علىٰ الغنيين: فإنها لا تجوز؛ لأن الصدقة علىٰ الغني هبةٌ.

* قوله: (وإذا وَهَبَ هبةً لأجنبي: فله الرجوع فيها)، إلا أنه يُكره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «العائدُ في هبته: كالكلب يعودُ في قيئه»[2]، وهذا لاستقباحه.

---

(١) ص٢١٤.

(٢) بلفظ قريب في صحيح البخاري (٢٦٢١)، صحيح مسلم (١٦٢٢).

إلا أن يُعوِّضه عنها، . . . .

[موانع الرجوع في الهبة :]

* قوله: (إلا أن يُعوِّضه عنها)، فإذا عوَّضه: سقط الرجوع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثَبْ منها»[1]، أي ما لم يُعوَّض عنها.

ولأنه إذا قَبَضَ العوضَ: فقد سلَّم له بدلَها، فلا يرجع، كالبيع.

ويُعتبر في العوض: ما يُعتبر في الهبة، من اشتراط القبض، وعدم الإشاعة، وسواء كان العوض قليلاً أو كثيراً، من جنس الهبة أو من غير جنسها، وسواء دفع العوضَ في العقد أو بعده.

وصورتُه: أن يذكر لفظاً يَعلم الواهبُ أنه عِوَضُ هبتِه، بأن يقول: خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو مكافأةً عنها، أو بدلها، أو في مقابلتها، أو مجازاةً عليها، أو ثوابها، وما أشبه ذلك: فإنه عوضٌ في هذا كله، إذا سلَّمه، وقَبَضَه الواهب.

ـ أما لو وَهب له هبةً، ولم يقل له شيئاً من هذه الألفاظ، ولم يُعلِم الواهبُ أنه عوضٌ عن هبته: كان لكل واحدٍ منهما أن يرجع في هبته إذا لم يَحدثْ في الموهوب ما يَمنع الرجوعَ.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٣٨٧)، سنن الدارقطني ٤٣/٣، سنن البيهقي ٨١/٦، وله عدة طرق فيها مقالٌ، لكنه يتقوىٰ بها، ينظر نصب الراية ١٢٥/٤.

أو تزيدَ زيادةً متصلةً، . . . .

ـ وليس للمعوِّض أن يرجع في العوض؛ لأنه سلَّم له ما في مقابلته، وهو سقوطُ الرجوع.

ـ وإن عوَّضه عن نصف الهبة: كان له أن يرجع في النصف الآخر، ولا يَرجع في الذي عوَّضه عنه.

ـ وإن عوَّضه بعض ما وهب له عن باقيها: لم يكن عوضاً، كما إذا وهب له مائةَ درهم، فعوَّضه درهماً منها: لم يكن عوضاً، وكان للواهب الرجوعُ في المائة.

ـ وكذا إذا وهبه داراً، وعوَّضه شيئاً منها.

وقال زفر: يكون عوضاً؛ لأن مِلكَ الموهوب له قد تمَّ في الهبة، والتحق بسائر أمواله، وسائرُ أمواله تصح عوضاً، فكذا هذا.

إلا أنا نقول: مقصود الواهب بهذا لم يحصل؛ لأنا نعلم أنه لم يهب مائةً في تحصيل درهم منها، ألا ترىٰ أنها كانت كلها في يده.

ـ قال في «شرحه»: إذا وهب له جاريتين، فولدت إحداهما في يد الموهوب له، فعوَّضه الولدَ عنهما: لم يكن له أن يرجع فيهما؛ لأنه عوَّضه ما ليس له حقُّ الرجوع فيه، فصار ذلك عوضاً، فمنع الرجوع.

* قوله: (أو تزيدَ زيادةً متصلةً).

بأن كانت جاريةً هزيلةً، فسَمِنَتْ، أو داراً، فبنىٰ فيها، أو حفر فيها بئراً، أو ثوباً فصَبَغَه بعُصفر، أو قَطَعَه وخاطه قميصاً: فإن في جميع ذلك

. . . .

لا رجوعَ له؛ لأنه لا وجه له إلىٰ الرجوع في الهبة، دون الزيادة؛ لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة؛ لعدم دخولها تحت العقد.

ـ ولو وهب له جاريةً، فحبلت في يد الموهوب له: لم يكن له أن يرجع فيها قبل انفصال الولد؛ لأنها متصلةٌ بزيادةٍ لم تكن موهوبة.

ـ وإن وهب له جاريةً حاملاً، أو بهيمةً حاملاً، فرجع فيها قبل الوضع: إن كان رجوعُه قبل أن تمضيَ مدةٌ يُعلم فيها زيادةُ الحمل: جاز، وإلا: فلا.

ـ وإن وهب له بيضاً، فصار فُرُوخاً: ليس له أن يرجع في ذلك.

ـ وإن وهب له جاريةً، فوطئها الموهوبُ له:

قال بعضهم: له أن يرجع فيها ما لم تحبل، وقال بعضهم: لا رجوع له؛ لأنه قد تعلق بوطئه حكمٌ، ألا ترىٰ أن الواهب لو كان أباً للموهوب له من الرضاعة: حرم عليه وطؤها.

والأصح أن له الرجوع.

ـ وقيَّد بالزيادة؛ لأنها إذا انتقصت بفعل الموهوب له، أو بغير فعله: لا يمنع الرجوعَ، وليس علىٰ الموهوب له أرشُ النقصان.

ـ وقيَّد بالمتصلة؛ لأن في المنفصلة: يملك الرجوعَ في الأصل، دون الزيادة، كما إذا وهب جاريةً، فولدت في يد الموهوب له: فإن للواهب أن يرجع في الجارية، دون الولد؛ لأن العقد في الأم لا يَستتبع الولدَ.

. . . .

بدليل أنه لو وهب له جاريةً، فولدت قبل القبض: فإن الولد لا يلحق بالعقد، فلهذا كان له الرجوعُ فيها، دون الولد، ولأنه حدث علىٰ ملك الموهوب له.

ـ وكذا في جميع الحيوانات، والثمار.

وقال أبو يوسف: وإنما يَرجع في الأم إذا استغنىٰ الولدُ عنها.

ـ وكذا إذا وهب له عبداً، فاكتسب كَسْباً: كان له الرجوع في العبد، دون الكسب.

ـ وكذا إذا وهب له جاريةً، فقُطعت يدُها، وأخذ أرشَها: فله أن يرجع في الجارية، دون الأرش؛ لأن الأرش منفصلٌ عنها لم يقع عليه عقد الهبة.

ـ ولو وهب له جاريةً عجميةً، فعلَّمها الكلامَ والكتابةَ والقرآن: فله الرجوعُ فيها، خلافاً لمحمد. كذا في «النهاية».

وفي «قاضي خان»: لا يرجع؛ لحدوث الزيادة في العين.

ـ ولو وهب له عبداً كافراً، فأسلم: فلا رجوعَ له؛ لأن الإسلام زيادة فيه.

ـ ولو وهب له وَصِيفاً، فشبَّ وكَبِرَ، ثم صار شيخاً: فلا رجوع له؛ لأنه حين زاد: سقط الرجوعُ، فلا يعود بعد ذلك.

ـ ولو زاد الموهوبُ زيادةً في نفسه تورِث نقصاناً فيه: فإنه لا يمنع الرجوعَ، كما إذا طال طولاً فاحشاً يُنقصه في ثمنه؛ لأنه ليس بزيادةٍ في الحقيقة.

أو يموتَ أحدُ المتعاقدين، أو تخرجَ الهبةُ من مِلْك الموهوب له.

ـ ولو وهب له سَوِيقاً، فلتَّه بالماء: فله الرجوع؛ لأن هذا نقصانٌ، كما إذا وهب له حنطةً، فبلَّها بالماء.

ـ بخلاف ما إذا وَهب له تراباً، فبلَّه بالماء، حيث لا يَرجع؛ لأن اسم التراب لا يبقىٰ بعد البَلِّ؛ لأنه يسمىٰ: طيناً.

ـ بخلاف السَّوِيق والحنطة. كذا في «الواقعات».

ـ وإن كانت الزيادة في سعرٍ: لم تمنع الرجوعَ.

ـ قال في «الهداية»[1]: فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء، فأنبت في ناحيةٍ منها نخلاً، أو بنىٰ فيها بناءً: فليس له أن يرجع في شيءٍ منها؛ لأن هذه زيادةٌ متصلة.

وإن باع نصفَها غيرَ مقسومٍ: رجع في الباقي.

وإن لم يبع شيئاً منها: له أن يرجع في نصفها؛ لأن له أن يرجع في كلها، فكذا في نصفها بطريق الأَوْلىٰ.

* قوله: (أو يموتَ أحدُ المتعاقدين)؛ لأن بموت الموهوب له: ينتقل الملكُ إلىٰ الورثة، فصار كما إذا انتقل في حياته.

وإن مات الواهب: فوارثه أجنبيٌّ عن العقد؛ لأنه ما أوجبه.

* قوله: (أو تَخرجَ الهبةُ من ملك الموهوب له)؛ لأن الخروج حصل

---

(١) ٣/٢٢٨.

وإن وَهَبَ هبةً لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: فلا رجوعَ فيها.

بتسليطه، وسواء خرجت ببيعٍ أو هبة أو غير ذلك.

ـ ولو أخرج بعضَها عن ملكه: فله الرجوعُ فيما بقي، دون الزائل.

ـ ولو وهبها الموهوبُ له لآخر، ثم رجع فيها: كان للأول أن يرجع فيها.

* قوله: (وإن وهب هبةً لذي رَحِمٍ مَحرمٍ منه: فلا رجوعَ فيها).

ـ هذا إذا كان قد سلَّمها إليه، أما قبل ذلك: فله الرجوع.

ـ وهذا أيضاً إذا كان حراً، أما إذا وهب لأخيه، وهو عبدٌ، فقبضها: فله الرجوع؛ لأن الهبة لم تحصل صلةً للرحم؛ لأنه لا ينتفع بها، ولا يجوز تصرُّفُه فيها.

ـ وإن وهب لعبدِ أخيه، وقبضها: فله الرجوع عند أبي حنيفة؛ لأنها حصلت للعبد.

وعندهما: لا رجوعَ له؛ لأن العبد وما في يده لمولاه، فصار بالرجوع يفسخ ملكَ أخيه، وهذا لا يصح.

ولأبي حنيفة: أن الهبة حصلت للعبد، والمولىٰ لا يملك شيئاً منها بالعقد، وإنما يملكها من جهة العبد، بدليل أن الشيء يَنتقل إلىٰ العبد أوَّلاً، ثم يملكُه المولىٰ من جهته، يدل عليه: أن العبد لو قَبِلَها، ولم يقبلها المولىٰ: صحت، ولو ردَّها العبد، وقَبِلَها المولىٰ: لم تصح.

ولو كان علىٰ العبد دينٌ: بِيعت في دينه.

وكذلك ما وَهَبَ أحدُ الزوجين للآخر.

وإذا قال الموهوبُ له للواهب: خُذْ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها، فقَبَضَه الواهبُ: سقط الرجوعُ.

وإن عوَّضه أجنبيٌّ عن الموهوب له متبرِّعاً، فقَبَضَ الواهبُ العوضَ: سقط الرجوعُ.

---

* قوله: (وكذلك ما وَهَبَه أحدُ الزوجين للآخر)؛ لأن المقصود بها صلةُ الرحم؛ لأن الزوجية أُجريت مجرىٰ القرابة، بدليل أنه يحصل بها الإرثُ في جميع الأحوال.

وإنما يُنظر إلىٰ هذا وقت الهبة، حتىٰ لو تزوجها بعد ما وهب لها: فله الرجوعُ؛ لأن العقد أوجب له الرجوعَ قبل التزويج، فكذا بعده.

ـ وإن أبانها بعد ما وهب لها، والعينُ باقيةٌ في يدها: فلا رجوعَ له؛ لأن العقد وقع غير موجِبٍ للرجوع.

ـ وإن وهب لذي رَحِمٍ غيرِ مَحرَم، أو مَحرمٍ غيرِ رَحِمٍ: جاز له الرجوعُ فيما وَهب له.

* قوله: (وإذا قال الموهوبُ له للواهب: خُذْ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً منها، أو في مقابلتها، فقَبَضَه الواهبُ: سقط الرجوع).

وله أن يرجع في العوض قبل أن يقبضه الواهب؛ لأنه لا يتمُّ إلا بالقبض.

* قوله: (وإن عوَّضه أجنبيٌّ عن الموهوب له متبرِّعاً، فقَبَضَ الواهبُ العوضَ: سقط الرجوع)؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من

. . . .

الأجنبي، كبدل الخلع والصلح.

ـ وليس للمتبرِّع أن يرجع علىٰ الواهب فيما تبرَّع به من العوض إذا قَبَضَه الواهب؛ لأنه قد حصل له في مقابلته إسقاطُ حق الواهب من الرجوع، فصار كالهبة بعوض.

ـ فإن قيل: ما الفائدة في قوله: متبرِّعاً، والحكم في غير المتبرع يُبطل الرجوع، بأن أمره الموهوب له بالتعويض، فعوَّضه بشرط أن يضمنه الموهوبُ له؟

قلنا: الحكم في ذلك بطريق الأَوْلىٰ، فإنه لمَّا بطل بتعويض المتبرع، فأَوْلىٰ أن يَبطل بتعويض غير المتبرع.

ـ قال في «النهاية»: هنا مسألةٌ لا بدَّ من معرفتها، وهي: أن الأجنبي إذا عوَّض الواهبَ عن هبته: لا يرجع علىٰ الموهوب له، سواء كان بأمره أو بغير أمره، ما لم يَضمن له صريحاً، بأن يقول: عَوِّضْه عني علىٰ أني ضامنٌ.

بخلاف قضاء الدين: فإنه إذا أمر إنساناً بقضاء دينه، فقضاه: فإنه يرجع عليه من غير شرط ضمان الآمِر.

والفرقُ أن هنا التعويض لم يكن مستَحَقاً علىٰ الموهوب له، وإنما أمره أن يتبرع بمال نفسه علىٰ غيره، وذلك لا يُثبت الرجوعَ من غير ضمان.

وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبة : رَجَعَ بنصف العوض.

وإن استُحقَّ نصفُ العوض : لم يرجع في الهبة، إلا أن يردَّ ما بقي من العوض، ثم يرجعُ في كلِّ الهبة.

وأما الدين: فهو مطالَبٌ به، فقد أمره أن يُسقِط عنه المطالبةَ بمال مستحَقٍّ عليه.

* قوله: (وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبة: رجع بنصف العوض)؛ لأنه لم يُسلِّم له ما يقابل نصفَ العوض، وهذا فيما لا يَحتمل القسمة.

وأما فيما يحتملها إذا استُحقَّ بعضُ الهبة: بطل في الباقي، ويرجع بالعوض.

* قوله: (وإن استُحِقَّ نصفُ العوض: لم يرجع في الهبة، إلا أن يرد ما بقيَ من العوض، ثم يرجع في الهبة)، إلا أن يزيد زيادةً متصلةً.

وقال زفر: يرجع بالنصف؛ اعتباراً بالعوض الآخر.

ولنا: أن ما بقيَ من العوض يصلح أن يكون عوضاً للكل من الابتداء، إلا أنه يتخير؛ لأنه ما أسقط حقَّه في الرجوع إلا ليسلِّم له كلَّ العوض، فإذا لم يسلِّم له: فله أن يردَّه، ويرجعَ فيما وَهب.

ـ وإن وهب له داراً، فعوَّضه من نصفها: رجع في النصف الذي لم يُعوَّض عنه.

ـ وقد جمع بعض المشايخ الموانعَ في قوله:

ومانعٌ عن الـرجـوع في الهـبة   يا صاحبي حروفُ: دَمْعُ خَزْقَه

ولا يصحُّ الرجوعُ في الهبة إلا بتراضيهما، أو بحكم الحاكم.

فالدال: الزيادة، والميم: موتهما، والعين: العوض، والخاء: الخروج من ملك الموهوب له، والزاي: الزوجية، والقاف: القرابة، والهاء: هلاك الموهوب.

ـ **مسألة**: رجلٌ وهب لرجل تمراً ببغداد، فحمله الموهوبُ له إلىٰ بلخ: فلا رجوعَ للواهب فيه.

ـ وكذا إذا وهب له جاريةً في دار الحرب، فأخرجها إلىٰ دار الإسلام: فلا رجوعَ فيها. كذا في «الواقعات».

ـ ولو أن مريضاً وهب لرجل جاريةً، فوطئها الموهوبُ له، ثم مات الواهبُ وعليه دينٌ مستغرِق: تُردُّ الهبةُ، ويجب علىٰ الموهوب له العُقْرُ، هذا هو المختار. ذكره في «الواقعات» أيضاً.

* قوله: (ولا يصح الرجوعُ في الهبة إلا بتراضيهما، أو بحُكم الحاكم)؛ لأنه مختلَفٌ فيه بين العلماء، فلا بدَّ من الرضا أو القضاء، حتىٰ لو كانت الهبة عبداً، فأعتقه الموهوب له قبل قبض الراجع في الهبة: نفذ عتقُه.

ـ ولو منعه، فهلك: لم يضمن؛ لقيام ملكه فيه.

ـ وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء، إلا أن يمنعه بعد ما طلبه؛ لأنه تعدىٰ.

. . . .

ـ وإذا لم يقبض الواهب الهبةَ بعد الفسخ حتىٰ هلكت في يد الموهوب له: هلكتْ أمانةً؛ لأن القبض للهبة لا يتعلق به ضمانٌ، فإذا انفسخ عقدُها: بقي العقد علىٰ ما اقتضاه العقد، غيرَ موجِبٍ للضمان.

ـ ولا تُضمن إلا بما تُضمن به الأمانات من التعدي.

ـ ولو أن العبد الموهوب نقص، أو جُنيَ عليه فيما دون النفس، فأخذ الموهوبُ له أرشَه: فليس للواهب أن يرجع عليه بالأرش، ولا أن يُضمِّنه شيئاً من النقصان.

وإنما له أن يرجع في العبد خاصةً ناقصاً؛ لأن الأرش زيادةٌ لم يقع عليها العقد، فلا يجوز أن يقع عليها الفسخ.

ـ وقوله: إلا بتراضيهما: حتىٰ لو وهب له ثوباً، فقبضه الموهوب له، ثم اختلسه منه الواهب، واستهلكه: ضمن قيمتَه للموهوب له؛ لأن الرجوعَ لا يصح إلا بتراضيهما، أو بحُكم الحاكم، ولم يوجد واحدٌ منهما. كذا في «الينابيع».

ـ **وألفاظ الرجوع** : رجعتُ في هبتي، أو: ارتجعتُها، أو: رددتُها إلىٰ ملكي، أو: أبطلتُها، أو: نقضتُها.

فإن لم يتلفظ بذلك، لكنه باعها أو رهنها أو أعتق العبدَ الموهوب أو دبَّره: لم يكن ذلك رجوعاً.

ـ وكذا لو صَبَغَ الثوبَ، أو خلط الطعامَ بطعامِ نفسه: لم يكن رجوعاً.

وإذا تلفت العينُ الموهوبة، واستحقَّها مستَحِقٌّ، فضمَّن الموهوبَ له: لم يرجع علىٰ الواهب بشيء.

وإذا وَهَبَ بشرط العوض: اعتُبر التقابضُ في العوضين جميعاً.

ـ ولو قال: إذا جاء رأسُ الشهر فقد ارتجعتُها: لم يصح؛ لأن الفسوخ لا تَقبل التعليقَ إذا كان فيها معنىٰ التمليك.

ـ وإذا اتفقا علىٰ الرجوع في موضعٍ لا يصح الرجوعُ فيه، كالهبة للأرحام، وشِبْهِه: جاز.

ـ ثم إذا انفسخت الهبةُ بحكم الحاكم، أو بالتراضي: عادت إلىٰ ملك الواهب، والقبضُ لا يُعتبر في انتقال الملك، كما لا يُعتبر في البيع.

* قوله: (وإذا تلفت العينُ الموهوبة، أو استحقَّها مُستَحِقٌّ، فضمَّن[1] الموهوبَ له: لم يرجع علىٰ الواهب بشيءٍ)؛ لأن الواهب لم يوجب للموهوب له سلامةَ العين الموهوبة، ولأنه حصل له ملكُها بغير عوض، فإذا استُحِقَّت: لم يرجع علىٰ من ملكه، كما لو وَرِثَها فاستُحقت: لم يرجع في مال الوارث بقيمتها، كذا هذا.

ـ وكذا المستعير لا يرجع علىٰ المعير بشيء؛ لأنه عَقْدُ تبرعٍ، فلا تُستحَقُّ فيه السلامة.

* قوله: (وإذا وَهَبَ بشرط العوض: اعتُبر التقابض في العوضين)؛ لأن العوض هبةٌ مبتدأةٌ، وما لم يتقابضا: كان لكل واحد منهما أن يمنع

---

(١) أي المستَحِقُّ.

فإذا تقابضا : صحَّ العقدُ، وكان في حكم البيع : يُرَدُّ بالعيب، وخيـارِ الرؤية، وتجبُ فيها الشفعةُ.

صاحبه، ويَبطل بالشيوع.

ـ ولا تصحُّ من الأب في مال ابنه الصغير، يعني إذا وُهب للصغير هبةٌ، فعوَّض الأبُ عنها من مال الصغير: لم يجز تعويضُه وإن كانت الهبة بشرط العوض؛ لأنه يصير بذلك متبرِّعاً، ودَفْعُ مال الصغير علىٰ وجه التبرع: لا يجوز.

قال الخُجَندي: الهبةُ بشرط العوض: هبةٌ في الابتداء، بيعٌ في الانتهاء، فاللفظ لفظُ الهبة، والمعنىٰ معنىٰ البيع.

ـ فقوله: هبةٌ في الابتداء: يعني إذا كان مشاعاً: لا يجوز، ولا يقع الملك فيها إلا بالقبض، بخلاف البيع.

ـ وقوله: بيعٌ في الانتهاء: وهو أنهما إذا تقابضا: كان لكل واحد منهما الرد بالعيب، وخيارِ الرؤية، وتجب فيها الشفعة.

وقال زفر: الهبةُ بشرط العوض: كالبيع ابتداءً وانتهاءً.

* قوله: (فإذا تقابضا: صحَّ العقدُ، وصار في حكم البيع، يُرد بالعيب، وخيارِ الرؤية، وتجب فيها الشفعة).

ـ وكذا يرجع عند الاستحقاق؛ لأنه بيعٌ انتهاءً.

وقال زفر: هو بيعٌ ابتداءً وانتهاءً.

والعُمْرَىٰ جائزةٌ للمُعْمَر له في حال حياته، ولورثته من بعده.

والرُّقْبىٰ باطلةٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جائزةٌ.

ـ قال في «النهاية»: والخلاف فيما إذا ذَكَرَ التعويض فيه بكلمة: علىٰ، أما بحرف الباء، بأن قال: وهبتُ منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألفٍ، وقَبِلَ الآخرُ: فإنه يكون بيعاً ابتداءً وانتهاءً، إجماعاً.

[العُمْرىٰ والرُّقبىٰ:]

* قوله: (والعُمْرىٰ جائزةٌ للمُعمِر في حال حياته، ولورثته من بعده)، ومعناه: أن يَجعل دارَه له عُمُرَه، وإذا مات يردُّها عليه، فيصح التمليك، ويبطل الشرط، والهبةُ لا تَبطل بالشروط الفاسدة.

وفي «الينابيع»: صورةُ العُمرىٰ: أن يقول: جعلتُ داري هذه لك عُمُري، أو: جعلتُها لك عُمُرَك، أو: هي لك حياتَك، فإذا متُّ فهي ردٌّ عليَّ، فهذه الألفاظ كلُّها هبةٌ، وهي له ولورثته من بعده، والشرط باطلٌ.

وإذا كانت هبةً: اعتُبر فيها ما يُعتبر في الهبة، ويُبطلها ما يُبطل الهبة.

* قوله: (والرُّقبىٰ باطلةٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ).

وصورتُها: أرقبتُك هذه الدارَ.

وهي من المراقبة، وهي الانتظار، ومعناها: إن متُّ قبلكَ: فهي لك، وإن متَّ قبلي: عادت إليَّ.

فإذا سلَّمها إليه علىٰ هذا: تكون عاريةً عندهما، يجوز له أخذها متىٰ شاء.

(وقال أبو يوسف: هي هبةٌ صحيحةٌ)؛ لأن قوله: داري لك: تمليكٌ، وقولُه: رُقبىٰ: شرطٌ فاسدٌ.

ومَن وهب جاريةً إلا حَمْلَها : صحَّت الهبةُ، وبطل الاستثناءُ.

ـ ولو قال: داري رقبىٰ لك، أو حَبِيسٌ لك: كانت عاريةً، إجماعاً.

ـ وإذا وهب هبةً، وشرط فيها شرطاً فاسداً: فالهبةُ جائزةٌ، والشرط باطلٌ، كمن وهب لرجل جاريةً، واشترط عليه أن لا يبيعها، أو أن يتخذها أمَّ ولد، أو يردها عليه بعد شهر: فالهبة جائزةٌ، وهذه الشروط باطلة؛ لأنه لا يقتضيها العقد.

ـ والأصل في هذا: أن كل عقد من شَرْطه القبض: فإن الشرط لا يُفسده، كالهبة والرهن.

ـ وفي «الهداية»(١): الرهن يَبطل بالشرط، والذي يُفسده الشرط: البيع، والإجارة، والرجعة، والإبراء عن الدين، والحَجرُ علىٰ المأذون، وعزل الوكيل، في رواية الخُجَنَدي.

والذي لا يبطل بالشرط: الطلاق، والعتاق، والخلع، والرهن.

وفي رواية: والهبة، والوصاية، والوصية، والكفالة، والحوالة، والإقالة، وإذن العبد في التجارة.

* قوله: (ومَن وهب جاريةً إلا حملَها: صحَّت الهبة، وبطل الاستثناء): أي صحت في الجارية والولد.

ـ وإن أعتق ما في بطنها، ثم وهبها: جازت الهبةُ في الأم.

---

(١) لم أجد هذا في الهداية، وهذا النقل مخالف لما قرَّره المؤلف. يحرر.

والصدقةُ كالهبة، لا تصح إلا بالقبض.

ولا تجوز الصدقةُ في مُشَاعٍ يحتمل القسمة.

وإذا تصدَّق علىٰ فقيرَيْن بشيءٍ: جاز.

ـ ولو دبَّره، ثم وهبها: لم تجز؛ لأن الحمل باقٍ علىٰ ملكه، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيها؛ لمكان التدبير، فيقع هبةُ المشاع، أو هبة شيءٍ مشغول بملك الواهب.

وأما في البيع والإجارة والرهن إذا عقد فيه علىٰ الأم، دون الحمل: فإنه يبطل العقد، والاستثناء جميعاً.

وصورتُه في الإجارة: إذا استأجر الأمَّ إلا ولدَها: لم تصح.

ـ ومَن له علىٰ آخر ألفُ درهم، فقال: إذا جاء غدٌ فهي لك، أو: أنت بريء منها، أو إذا أدَّيتَ إليَّ النصفَ فأنت بريءٌ من النصف الباقي: فهذا كله باطلٌ؛ لأن الإبراء تمليكٌ، والتعليقُ بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة، كالطلاق والعتاق، فلا يتعداها.

* قوله: (والصدقة: كالهبة، لا تصح إلا بالقبض)؛ لأنها تبرُّعٌ كالهبة.

* قوله: (ولا تجوز الصدقةُ في مُشاعٍ يحتمل القسمة)؛ لأنها كالهبة.

وصورتُه: إذا تصدَّق علىٰ غنيين بشيءٍ يحتمل القسمة: لم يجز.

* قوله: (وإذا تصدَّق علىٰ فقيرَيْن بشيءٍ: جاز)، بخلاف الهبة، وقد بيَّنَّا ذلك.

ولا يصحُّ الرجوعُ في الصدقة بعد القبض.

ومَن نَذَرَ أن يتصدق بماله: لزمه أن يتصدَّق بجنس ما تجب فيه الزكاة.

---

* قوله: (ولا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض)؛ لأنه قد كَمُل فيها الثوابُ من الله تعالىٰ.

ـ وكذا إذا وهب لفقير؛ لأن الثواب قد حصل.

ـ وأما إذا تصدق علىٰ غنيٍّ: فالقياس أن له الرجوعَ؛ لأن المقصود بها العوض، كالهبة، إلا أنهم استحسنوا، فقالوا: لا رجوعَ فيها؛ لأنه عبَّر عنها بالصدقة، ولو أراد الهبةَ لعبَّر بلفظها.

ولأن الثواب قد يُطلَب بالصدقة علىٰ الأغنياء، ألا ترىٰ أن مَن له نصابٌ، وله عيالٌ لا يكفيه ذلك، ففي الصدقة عليه ثوابٌ، فلهذا لم يرجع فيها.

* قوله: (ومَن نَذَرَ أن يتصدَّق بماله: لزمه أن يتصدق بجنس ما تجب فيه الزكاة).

والقياس أن يلزمه التصدق بجميع ماله؛ لأن المال عبارةٌ عما يُتموَّل، كما أن الملك عبارةٌ عما يُتملَّك، ولو نَذَرَ أن يتصدق بملكه: لزمه أن يتصدق بجميع ما يملك، فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن النذور محمولةٌ علىٰ أصولها في الفروض، والمالُ الذي يتعلق به فرضُ الصدقة: هو بعض ما يملكه، بدلالة الزكاة،

ومَن نَذَرَ أن يتصدَّق بمِلْكه : لَزِمَه أن يتصدَّق بالجميع، . . . .

فعلىٰ هذا: يجب أن يتصدَّق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم.

ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأن ذلك مما تتعلق به الزكاة إذا ضُمَّ إليه غيرُه، فكأنهم اعتبروا الجنس، دون القدر.

ـ ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدق بماله، وعليه دينٌ يُحيط به: لزمه أن يتصدق به.

فإن قضىٰ به دينَه: لزمه أن يتصدق بمثله؛ لأن المعتبر جنسُ ما تجب فيه الزكاة وإن لم تكن واجبةً.

ـ ولا يلزمه أن يتصدق بدور السكنىٰ، وثياب البدن، وعبيد الخدمة، والأثاثِ، والعواملِ، والعروضِ التي ليست للتجارة؛ لأن هذه الأشياء لا زكاةَ فيها.

ـ وإن نوىٰ بهذا النذر جميعَ ما يملك: دخل جميعُ ذلك في نذره؛ لأنه شدَّد علىٰ نفسه.

ـ ولو كان له ثمرةُ عُشرية، أو غَلَّةٌ عُشرية: تصدَّق بها، إجماعاً.

* قوله: (ومَن نذر أن يتصدق بملكه: لزمه أن يتصدق بالجميع)؛ لأن الملك عبارةٌ عما يُتملَّك، وذلك يتناول جميعَ ما يملكه.

ويروىٰ أنه والأول سواء. كذا في «الهداية»[1].

---

(١) ٣/٢٣١.

ويُقال له : أمسِك منه مقدارَ ما تُنفِقُه علىٰ نفسك وعيالك إلىٰ أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسبتَ مالاً : تصدَّقْ بمثل ما أمسكتَ.

ـ ومَن قال: مالي في المساكين صدقةٌ: فهو علىٰ ما فيه الزكاة.

ـ وإن أوصىٰ بثلث ماله: فهو علىٰ كل شيء.

والقياس في مسألة الصدقة: أن يلزمه التصدقُ بالكل، وهو قول زفر؛ لعموم اسم المال، كما في الوصية.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبرٌ بإيجاب الله، فينصرف إيجابه إلىٰ ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال.

ـ أما الوصية: فهي أخت الميراث، فلا تختص بمال دون مال.

ـ ولو قال: ما أملكه صدقةٌ في المساكين:

فقد قيل: يتناول الكلَّ؛ لأنه أعمُّ من لفظ: المال.

والصحيحُ أنهما سواء. ذكره في «الهداية»[١] في مسائل القضاء.

* قوله: (ويُقال له: أمسك منه ما تُنفقُه علىٰ نفسك وعيالك إلىٰ أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسب مالاً: قيل له: تصدَّق بمثل ما أمسكتَ)؛ لأنا لو ألزمناه أن يتصدق بجميع ماله في الحال: أضررنا به؛ لأنه يَحتاج إلىٰ أن يُتصدق عليه، ويمكنه أن يَتوصل إلىٰ إيفاء الحقَّيْن من غير إضرارٍ بما ذَكَرَ في «الكتاب».

---

(١) ٣/١١٤، ٢٣١.

. . . .

ـ وإنما لم يُقدِّر للذي يُمسكه قدراً معلوماً: لاختلاف أحوال الناس في ذلك.

وفي «الجامع الكبير»[١]: إذا كان ذا حِرفةٍ: أمسك قوتَ يومه.

وإن كان ذا غلة: أمسك قوتَ شهر.

وإن كان صاحب ضيعة: أمسك قوتَ سنة.

وإن كان تاجراً: أمسك إلىٰ حين يرجع إليه مالُه.

ـ **مسألة**: رجلٌ قال لآخر علىٰ وجه المِزاح: هَبْ لي هذا الشيء، فقال: وهبتُه لك، فقال: قَبِلتُ، وسلَّم الهبةَ: جاز.

لما رُوي «أن عبد الله بن المبارك مرَّ علىٰ قومٍ يضربون في طُنبورٍ، فقال لهم: هَبُوا لي هذا حتىٰ تَرَوْا كيف أضربُ، فدفعوه إليه، فضرب به الأرضَ، فكَسَرَه، وقال: أرأيتم كيف ضربتُ؟ قالوا: خدعتَنا أيها الشيخ»[٢].

وإنما قال ذلك: تحرزاً عن قول أبي حنيفة في وجوب الضمان.

* **مسائل من «الواقعات»، وغيرها:**

ـ رجلٌ بَعَثَ إليه بهديةٍ في إناء، أو في ظرفٍ: هل يباح له أن يأكلها في ذلك الإناء؟

---

(١) لم أقف عليه في النسخة التي أعمل علىٰ تحقيقها.

(٢) لم أقف عليه.

. . . .

إن كان ثريداً أو نحوه: يباح له؛ لأنه مأذونٌ له في ذلك دلالة؛ لأنه إذا حوَّله إلىٰ إناءٍ آخر: ذهبت لذَّته.

وإن كان فاكهةً أو نحوها: إن كان بينهما انبساطٌ: يباح له أيضاً، وإلا: فلا.

وقيل: إذا بعث بها في ظرفٍ أو إناءٍ من العادة ردُّهما: لم يملكهما، كالقِصاع والجِرَاب وشبه ذلك، فلا يسعه أن يأكلَها فيه.

وإن كان من العادة أن لا يردَّ الظرفَ، كقواصر التمر: مَلَكَ الظرفَ، ولا يلزمه ردُّه.

ـ رجلٌ كتب إلىٰ آخر كتاباً، وذكر فيه: اكتب الجوابَ علىٰ ظهره: لزمه ردُّه، وليس له التصرُّف فيه، وإلا: مَلَكَه المكتوبُ إليه عرفاً.

ـ رجلٌ دعا قوماً علىٰ طعامٍ، وفرَّقهم علىٰ أَخْونةٍ: ليس لأهل خِوانٍ أن يتناولوا من خِوانٍ آخر؛ لأنه إنما أباح لهم خِوانهم، دون غيره.

ـ وكذا ليس لأهل خِوانٍ أن يناولوا أهل خِوان آخر من طعامهم؛ لأنه إنما أُبيح لهم خاصةً، فإن ناولوهم: لم يجز لهم أن يأكلوه.

ـ رجلٌ كان ضيفاً عند إنسان: لا يجوز له أن يُعطيَ سائلاً؛ لأنه لم يُؤذَن له في ذلك.

ـ ولا أن يُعطيَ بعضَ الخدم الذي هو قائمٌ علىٰ رأس المائدة.

ـ ولا هِرَّةً لغير صاحب البيت، فإن كانت هرةَ صاحب البيت: جاز؛ استحساناً.

. . . .

ـ وإن كان عنده كلبٌ لصاحب البيت: لا يجوز أن يعطيَه؛ لأنه لا إذنَ له فيه عادةً.

فإن ناوله الخبزَ المحترِق: وَسِعَه ذلك؛ لأن فيه الإذنَ عادةً.

ـ رجلٌ مات، فبعث رجلٌ إلىٰ ابنه بثوبٍ ليكفِّنه فيه: هل يملكه الابن، حتىٰ يكون له أن يكفِّنَه في غيره، ويُمسكه لنفسه إن كان الميت ممن يُتبرَّك بتكفينه؛ لفقهٍ، أو ورع؟

فإن الابن لا يملكه.

وإن كفَّنه في غيره: وجب عليه ردُّه علىٰ صاحبه.

ـ وإن لم يكن كذلك: جاز للابن أن يَصرِفه إلىٰ حيث أحبَّ.

ـ المُبرَىءُ من الدين إذا سكت: جاز، وإن قال: لا أقبل: بطل، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

* * * * *

كتاب الوقف

لا يزولُ ملْكُ الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة، إلا أن يحكم به الحاكمُ، . . . .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة: هو الحبس، يقال: وقفتُ الدابة، وأوقفتُها: أي حبستُها.

وفي الشرع: عبارةٌ عن حَبْس العين علىٰ حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، بمنزلة العارية، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو عبارةٌ عن حَبْس العين علىٰ حكم ملك الله تعالىٰ، علىٰ وجهٍ تصل المنفعةُ إلىٰ العباد، فيزول ملكُ الواقف عنه إلىٰ الله تعالىٰ، فيَلزم، ولا يباع ولا يُرهن ولا يُورَث.

* قال رحمه الله: (لا يزول ملكُ الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة، إلا أن يَحكم به الحاكم)، يعني: المولّىٰ، أما المحكَّم: ففيه خلاف المشايخ، والأصح: أنه لا يصح.

وطريق الحكم في ذلك: أن يسلِّم الواقفُ ما وَقَفَه إلىٰ المتولِّي، ثم يريد أن يرجع فيه، محتجًّاً بعدم اللزوم، فيتخاصمان إلىٰ القاضي، فيقضي بلزومه.

أو يعلِّقَه بموته، فيقولُ: إذا مِتُّ فقد وقَفْتُ داري علىٰ كذا.

وقال أبو يوسف: يزول الملك بمجرد القول.

وقال محمد: لا يزول الملكُ حتىٰ يَجْعلَ للوقف وليًّاً، ويسلِّمَه إليه.

ـ وكذا إذا أجازه الورثة: جاز؛ لأن الملك لهم، فإذا رضوا بزوال ملكهم: جاز، كما لو أوصىٰ بجميع ماله.

* قوله: (أو يُعلِّقَه بموته، فيقول: إذا مِتُّ فقد وقفتُ داري علىٰ كذا)؛ لأنه إذا علَّقه بموته: فقد أخرجه مَخرَجَ الوصية، وذلك جائزٌ، ويُعتبر من الثلث؛ لأنه تبرُّعٌ علَّقه بموته، فكان من الثلث، كالهبة والوصية في المرض.

* قوله: (وقال أبو يوسف: يزول الملكُ بمجرد القول)؛ لأنه بمنزلة الإعتاق عنده، وعليه الفتوىٰ.

* قوله: (وقال محمد: لا يزول الملكُ حتىٰ يَجعلَ للوقف ولياً، ويسلِّمَه إليه)؛ لأن من شَرْط الوقف عنده: القبضُ؛ لأنه تبرُّعٌ في حال الحياة، كالهبة، وإذا اعتُبر فيه القبضُ: أقام إنساناً يتولىٰ ذلك؛ ليصح.

ـ ثم إذا جعل له ولياً، وسلَّمه إليه: هل له أن يعزله بعد ذلك؟

إن كان شَرَط في الوقف عَزْلَ القُوَّام، والاستبدالَ بهم: فله ذلك، وإن لم يَشرط: لا يصح عند محمد، وعليه الفتوىٰ.

وعند أبي يوسف: إذا عَزَلَه في حياته: يصح.

فإذا استُحِقَّ الوقفُ علىٰ اختلافهم: خَرَجَ من ملك الواقف، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه.

وكذا إذا مات الواقف: بطلت ولاية القُوَّام؛ لأن القَيِّم بمنزلة الوكيل، إلا إذا جعله قيِّماً في حياته وبعد وفاته: فحينئذ يصير وصياً. كذا في «الفتاوىٰ».

ـ ثم إذا صح الوقف عندهما، وكان ذلك في صحته: كان من جميع المال.

ـ وإن وقفه في مرض موته: كان من الثلث، كالهبة.

* قوله: (وإذا استُحِقَّ الوقفُ علىٰ اختلافهم: خرج من ملك الواقف)، حتىٰ لو كانوا عبيداً، فأعتقهم: لا يَعتقون.

* قوله: (ولم يدخل في ملك الموقوف عليه)؛ لأنه لو دخل في ملكه: نفذ بيعُه فيه كسائر أملاكه.

ـ ومعنىٰ قوله: إذا استُحِقَّ الوقف: أي ثبت علىٰ قول أبي حنيفة بالحكم، أو بالتعليق بالموت، وعلىٰ قولهما بالوقف والتسليم.

ـ **مسألة**: رجلٌ باع أرضاً، وادعىٰ بعد ذلك أنه أوقفها قبل البيع: فهذا علىٰ وجهين: إن أقام البينةَ علىٰ ذلك: قُبِلت، وبطل البيعُ، وإن لم يقم البينةَ: لم يُقبل قوله؛ للتناقض.

ـ ثم إذا عجز عن إقامة البينة، وأراد تحليفَ المدعىٰ عليه: ليس له ذلك، لأن التحليف بناءٌ علىٰ صحة الدعوىٰ، والدعوىٰ لم تصح؛ للتناقض.

ووَقْفُ المُشَاع جائزٌ عند أبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز.

ـ وإن ادعىٰ مشتري الأرض أنها وقفٌ، فقال للبائع: إنك بعتَني هذه الأرضَ وهي موقوفة، فليست هذه المخاصمة إلىٰ البائع، وإنما هي إلىٰ المتولي للوقف، فإن لم يكن متولٍّ: فإن القاضي ينصب متولياً، فيخاصمه، فإن أثبت الوقفَ بالبينة: بطل البيع، ويستردُّ الثمنَ من البائع.

* قوله: (ووَقْفُ المُشَاع جائزٌ عند أبي يوسف)، يعني فيما يحتمل القسمةَ، (وقال محمدٌ: لا يجوز).

ـ أما فيما لم يَحتملها: فيجوز مع الشيوع أيضاً عند محمد، إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتمَّ مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخُلوص لله تعالىٰ.

ولأن المهايأةَ في ذلك في غاية القُبح، بأن يُقبَرَ فيها الموتىٰ سنةً، وتُزرع سنةً، ويُصلىٰ في المسجد في وقت، ويُتخذ إصطبلاً في وقت.

ـ بخلاف ما عدا المقبرة والمسجد؛ لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة.

ـ وقوله: وقال محمد: لا يجوز: يعني فيما يحتمل القسمة؛ لأن أصل القبض عنده شرطٌ، ولأنه نوعُ تبرُّعٍ، فلا يصح في مشاع يحتمل القسمة، كالهبة.

ـ ولو وقف الكلَّ، ثم استُحقَّ جزءٌ منه: بطل في الباقي عند محمد؛ لأن الشيوع مقارِنٌ.

وإن استُحقَّ جزءٌ منه مميَّزٌ بعينه: لم يبطل في الباقي؛ لعدم الشيوع.

ولا يتمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومحمد حتىٰ يَجعل آخرَه لجهةٍ لا تنقطع أبداً.

ـ ولو وَقَفَ أرضاً، وفيها زرعٌ: لم يدخل الزرعُ في الوقف؛ لأنه لا يدخلُ في البيع إلا بالشرط، فكذا هنا لا يدخل في الوقف إلا بالشرط. كذا في «الواقعات».

* قوله: (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتىٰ يَجعلَ آخرَه لجهةٍ لا تنقطع أبداً)؛ لأن المقصود من الوقف التأبيدُ، كالعتق.

وهذا كقوله: جعلتُ أرضي هذه صدقةً موقوفةً علىٰ أولاد فلانٍ ما تناسلوا، فإذا انقرضوا: كانت غلتُها للمساكين؛ لأن أثر المساكين لا ينقطع أبداً، وإذا لم يقل ذلك: لم يصح.

ـ ولا يجوز الوقف علىٰ مَن لا يملك، كالعبد والحَمْل.

ـ وإن وقف علىٰ ذمي: جاز؛ لأنه موضعٌ للقُربة، ولهذا يجوز التصدق عليه.

قال الله تعالىٰ ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾. الممتحنة/٨.

ـ ولا يجوز الوقف علىٰ البِيَع والكنائس، ولا علىٰ قُطَّاع الطريق؛ لأنه لا قُربةَ فيه.

ـ ويجوز الوقفُ علىٰ المساجد والقناطر.

ـ ولو وقف علىٰ معدومٍ، كالوقف علىٰ ولده، ولا ولدَ له: لم يجز.

وقال أبو يوسف : إذا سمَّىٰ فيه جهةً تنقطع : جاز، وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمِّهم.

ـ وإن وقف وقفاً مطلقاً، ولم يذكر شيئاً: جاز، علىٰ الأصح.

* وألفاظ الوقف ستة: وقفتُ، وحبَّستُ، وسبَّلتُ، وتصدقت، وأبَّدتُ، وحرَّمتُ، فالثلاثة الأُولىٰ صريحٌ فيه، وباقِيه كنايةٌ، لا تصح إلا بالنية.

* قوله: (وقال أبو يوسف: إذا سمَّىٰ فيه جهةً تنقطع: جاز، وصار بعدها للفقراء وإن لم يُسمِّهم).

وذلك مثل أن يقول: جعلتُها صدقةً موقوفةً لله تعالىٰ أبداً علىٰ ولد فلان، وولدِ ولده، ولم يذكر الفقراءَ ولا المساكينَ، وذلك لأنه إذا جعلها لله تعالىٰ: فقد أبَّدها؛ لأن ما يكون لله تعالىٰ: فهو يَنصرف إلىٰ المساكين، فصار كما لو ذَكَرَهم.

وقيل: إن التأبيد شرطٌ، بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف لا يُشترط ذِكر التأبيد؛ لأن لفظ الوقف والصدقة يُنبِئ عنه؛ لأنه إزالةُ الملك بدون التمليك، كالعتق.

ولهذا ذَكَرَ في «الكتاب» في بيان قول أبي يوسف: وصار بعدها للفقراء وإن لم يُسمِّهم، وهذا هو الصحيح.

وعند محمد: ذِكْر التأبيد شرطٌ؛ لأن هذا صدقةٌ بالمنفعة أو الغلة، وذلك قد يكون مؤقتاً، وقد يكون مؤبداً، فمطلَقُه لا ينصرف إلىٰ التأبيد، فلا بدَّ من التنصيص عليه.

. . . .

ـ قال في «شرحه»: إذا قال: جعلتُ أرضي هذه صدقةً لله تعالىٰ أبداً علىٰ ولدي، فإذا انقرضوا: فهي علىٰ المساكين: فإن غَلَّتَها تكون لولده من صلبه الذكورِ والإناث والخنثىٰ.

ـ قال في «خزانة الأكمل»: الذكر والأنثىٰ فيه سواء.

وإنما يكون ذلك علىٰ الأولاد الموجودين يومَ الوقف، ولكل ولدٍ يحدث بعد ذلك قبل حدوث الغلة؛ لأن المعتبر بمَن يكون له من الأولاد يوم تأتي الغلة، فإذا وُجد ذلك: دخلوا في الوقف.

ـ فإن وُلد له ولدٌ بعد الغلة: إن كان هذا الولدُ وُلِد لأقلَّ من ستة أشهر من يوم طلعت الغلةُ: دخل في الوقف؛ لأن العلم محيطٌ بأنه مخلوقٌ قبلها، فلهذا دخل معهم.

ـ فإذا مات أحدٌ من أولاده قبل أن تأتيَ الغلة: لم يكن له حقٌّ فيها.

ـ ومَن مات بعد مجيئها: فحصتُه له، تُقضىٰ منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه، وما بقي لورثته.

ـ وإذا قال: وقفت هذه الأرض علىٰ أولادي: لا يدخل فيه ولدُ الولد.

ـ وإن وقف علىٰ أولاد أولاده: دخل فيه أولادُ البنين وأولاد البنات؛ لأن الجميع أولادُ أولاده.

ـ وإن وقف علىٰ نسله، أو عَقِبه، أو ذريته: دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، قَرُبوا أو بَعُدوا؛ لأن الجميع من نسله وذريته.

ويصحُّ وقفُ العقار.

ولا يجوز وقفُ ما يُنقَل ويُحَوَّل.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ﴾. الأنعام/٨٤، فجعلهم كلهم علىٰ البُعد من ذريته، وجعل عيسىٰ من ذريته وهو يُنسب إليه بالأم.

ـ وإن وقف علىٰ مَن يُنسَب إليه: لم يدخل فيه أولاد البنات؛ لأنهم لا يُنسبون إليه.

ـ وإن وقف علىٰ البنين: لم يدخل فيه الخنثىٰ.

ـ وكذا إذا وقف علىٰ البنات: لم يدخل فيه الخنثىٰ أيضاً؛ لأنا لا نعلم ما هو؟

ـ وإن وقف علىٰ البنين والبنات: دخل الخنثىٰ؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون ابناً، أو بنتاً.

وقيل: لا يدخل؛ لأنه ليس من البنين، ولا من البنات.

ـ ولو وقف علىٰ بني زيد: لم يدخل فيه بناتُه.

ـ **مسألة**: قال في «الواقعات»: رجلٌ قال: إن متُّ من مرضي هذا فقد وقفت أرضي: لا يصح، برئ أو مات؛ لأنه علَّقه بشرط، وتعليق الوقف بالشرط: لا يصح.

ـ وإن قال: إن متُّ من مرضي هذا فاجعلوا أرضي وقفاً: جاز.

والفرق: أن هذا تعليقُ التوكيل بالشرط، وذلك يجوز.

* قوله: (ويصح وقفُ العقار)؛ لأنه مما يتأبَّد، والوقفُ مقتضاه التأبيد.

* قوله: (ولا يجوز وقفُ ما يُنقل ويُحوَّل)؛ لأنه لا يبقىٰ علىٰ التأبيد، فلا يصح وقفُه.

وقال أبو يوسف : إذا وقف ضَـيْعةً ببقرهـا ، وأَكَرَتِهـا ، وهـم عبيـدُه : جاز .

قال الخُجَندي: لا يجوز وقف المنقول، إلا أن يكون تبعاً لغيره، وهو أن يقف أرضاً فيها أثوارٌ وعبيد لمصالحها، فيكونون وقفاً معها تبعاً، أو جرت العادة بوقفه، كالمَرِّ لحَفْر القبور، أو الجِنازةِ، وثيابِ الجَنازة.

ـ ولو وقف الأشجارَ القائمةَ: لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً، ويُنتفع بثمارها، دون أغصانها، إلا فيما يُعتاد قطعه ليُبنىٰ به، كشجر الخِلاف[1]، وهو الصَّرْح.

ـ قال في «الواقعات»: إذا وقف ثَوْراً علىٰ أهل قريةٍ للإنزاء علىٰ بقرهم: لا يصح؛ لأن وقفَ المنقول لا يصح، إلا فيما فيه تعارفٌ، ولا تعارفَ في هذا.

وعند الشافعي[2]: يجوز.

ـ ثم إذا جاز عنده الوقف علىٰ الإنزاء: لا يجوز استعماله في الحرث؛ لأنه لم يوقِفْه لذلك.

* قوله: (وقال أبو يوسف: إذا وقف ضَيْعةً ببقرها وأَكَرَتها، وهم عبيده: جاز).

---

(١) وهو شجر الصفصاف. المصباح المنير (خلف)، وقد يصل طول الشجرة إلىٰ ثلاثين متراً، وجاء في نسخ من الجوهرة: الضرح : بدل: الصرح.

(٢) مغني المحتاج ٢/٣٧٧.

وقال محمد : يجوز حَبْسُ الكُرَاعِ، والسلاحِ.

- وكذا سائر آلات الحِرَاثة؛ لأنه تبعٌ للأرض في تحصيل ما هو المقصود.

- ولا يجوز للواقف عِتقُهم؛ لأنهم قد خرجوا عن ملكه، فإن أعتقهم: لم يعتقوا.

- ونفقة العبيد والبهائم: من حيث شرط الواقف، فإن لم يشرط شيئاً: ففي أكسابهم.

- فإن لم يكن العبد كاسباً، أو تعطَّل كسبُه لمرض، أو لم يفِ كسبُه بنفقته: فنفقتُه في بيت المال، كما إذا أعتق مَن لا كسبَ له.

وقيل: نفقته علىٰ الواقف ما دام حياً، فإذا مات: ففي بيت المال؛ لأن التركة انتقلت إلىٰ الورثة، ولم ينتقل العبدُ إليهم، فلا تلزمهم نفقته.

- فإن مات العبد: فكَفَنُه وتجهيزُه علىٰ مَن عليه نفقته.

* قوله: (وقال محمد: يجوز حَبْس الكُرَاع والسلاح في سبيل الله).

الكُرَاع: هو الخيل.

وأبو يوسف معه علىٰ ما قالوا، وهو استحسانٌ عنده.

- ويدخل في ذلك الإبلُ؛ لأن العرب يجاهدون عليها، ويحملون عليها السلاح.

- قال محمدٌ: ويجوز وقف ما فيه تعاملٌ من المنقولات، كالفأس، والمَرِّ، والقَدُوم، والمِنشار، والجَنازة وثيابِها، والقُدُور، والمصاحف، والكتب.

وإذا صحَّ الوقفُ: لم يجُزْ بيعُه، ولا تمليكُه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف، فيَطلبُ الشريكُ القسمةَ، فتصحُّ مقاسمتُه.

وعند أبي يوسف: لا يجوز، وأكثرُ فقهاء الأمصار علىٰ قول محمد.

* قوله: (وإذا صح الوقف: لم يجز بيعُه، ولا تمليكُه، إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف، فيطلب الشريكُ القسمةَ، فتصح مقاسمتُه).

ـ أما امتناع البيع والتمليك: فلأنه قد زال ملكُه عنه.

ـ وأما القسمةُ: فلأنها ليست بتمليك من جهته، وإنما هي تمييز الحقوق، وتعديلُ الأنصباء.

ـ وإنما خصَّ أبو يوسف؛ لأن عنده يجوز وقف المُشاع.

ـ ثم إن وَقَفَ نصيبَه من عقار مشترَك: فهو الذي يقاسم شريكه.

ـ وإن وَقَفَ نصفَ عقارٍ خالصٍ له: فالذي يقاسمه القاضي، أو يبيعُ الباقي من نصيبه علىٰ رجلٍ، ثم يقاسم المشتري، ثم يشتري ذلك منه؛ لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً.

ـ وإذا كان في القسمة فضلُ دراهم: إن أعطىٰ الواقفَ: لا يجوز؛ لأنه بيعُ الوقف، وإن أُعطي: جاز، ويكون بقدر الدراهم شراءً. كذا في «الهداية»[1].

---

(١) ٣/١٦.

والواجبُ أن يُبدَأ من رَيْعِ الوقف بعِمَارته، شَرَطَ الواقفُ ذلـك، أو لم يشترط.

وإذا وقف داراً علىٰ سُكنىٰ ولده: فالعِمارةُ علىٰ مَن له السكنىٰ.

فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيراً: أجَّرها الحاكمُ، وعَمَّرها بأجرتها، فإذا عُمِّرت: ردَّها إلىٰ مَن له السكنىٰ.

---

* قوله: (والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف[1] بعمارته، سواء شَرَط ذلك الواقفُ، أو لم يَشترط)؛ لأن عمارته من مصالحه، وفي البداءة بذلك تبقيةٌ له.

* قوله: (وإن وقف داراً علىٰ سكنىٰ ولده: فالعمارة علىٰ مَن له السكنىٰ)، يعني المطالبة بالعمارة، لا أن يُجبر علىٰ فعلها.

ـ وإنما كانت العمارة علىٰ مَن له السكنىٰ؛ لأن الخراج بالضمان، فصار كنفقة العبدِ الموصىٰ بخدمته.

* قوله: (فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيراً: آجرها الحاكمُ، وعمَّرها بأجرتها، فإذا عُمِّرت: ردَّها إلىٰ مَن له السكنىٰ)؛ لأن في ذلك رعايةَ الحقَّيْن: حقِّ الواقف، وحقِّ صاحب السكنىٰ.

ولأنه إذا آجرها وعمَّرها بأجرتها: يفوتُ حقُّ صاحبِ السكنىٰ في وقتٍ دون وقت، وإن لم يعمِّرها: تفوتُ السكنىٰ أصلاً، فكان الأول أوْلىٰ.

---

(١) وفي نسخ القدوري التي مع اللباب للميداني ٣/ ٤٦٠: من ريع الوقف.
والمراد من: ارتفاع الوقف: أي غلَّته. ينظر ابن عابدين ١٣/ ٤٦١.

وما انهدم من بناء الوقف، وآلتِه : صَرَفه الحاكمُ في عمارة الوقف إن احتاج إليه.

وإن استغنىٰ عنه : أمسكه حتىٰ يَحتاجَ إلىٰ عِمارته، فيصرفَه فيها.

ولا يجوز أن يقسمه بين مستحقِّي الوقف.

وإذا جَعَلَ الواقفُ غَلَّةَ الوقف لنفسه، أو جَعَلَ الولايةَ إليه : جاز عند أبي يوسف، وقال محمد : لا يجوز.

ولا يُجبر الممتنع علىٰ العمارة؛ لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناع صاحب البَذْر في المزارعة.

- ولا يكون امتناعه رضاً منه ببطلان حقه.

- ولا تصح إجارة مَن له السكنىٰ؛ لأنه غيرُ مالك.

* قوله: (وما انهدم من بناء الوقف وآلتِه: صَرَفَه الحاكمُ في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنىٰ عنه: أمسكه حتىٰ يحتاج إلىٰ عمارته، فيصرفه فيها).

- وإن تعذر إعادة عينه إلىٰ موضعه: بِيع، وصُرِف ثمنُه إلىٰ الإصلاح.

* قوله: (ولا يجوز أن يقسمه بين مستحقي الوقف)، يعني النِّقْض؛ لأنه جزءٌ من العين، ولا حقَّ للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع.

* قوله: (وإذا جعل الواقف غَلَّةَ الوقف لنفسه، أو جعل الولاية إليه: جاز عند أبي يوسف، ولا يجوز عند محمد)؛ لأن من أصل محمد: أن مِن شرط الوقف: القبض، فإذا شرط ذلك لنفسه: لم يوجد القبض، فصار

وإذا بنىٰ مسجداً : لم يَزُلْ ملكُه عنه حتىٰ يُفْرِزَه عن ملكه بطريقِه، ويأذنَ للناس بالصلاة فيه.

كمن شرط بقعةً من المسجد لنفسه.

ولأبي يوسف: «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته الموقوفة»[١].

ـ ولا يحل الأكل منه إلا بشرط.

ـ ولو شرط الخيارَ في الوقف لنفسه ثلاثة أيام: جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف.

وقال محمد: الوقفُ باطلٌ. كذا في «الهداية»[٢].

ـ ولو أن الواقف شَرَطَ الولايةَ لنفسه، وكان غيرَ مأمون: فللقاضي أن ينزعه من يده؛ نظراً للفقراء، كما له أن يُخرِجَ الوصيَّ إذا كان غيرَ مأمون؛ نظراً للصغار.

* قوله: (وإذا بنىٰ مسجداً: لم يَزُل ملكُه عنه حتىٰ يُفرِزَه عن ملكه بطريقه، ويأذنَ للناس بالصلاة فيه).

ـ أما الإفراز: فلأنه لا يَخلُص لله تعالىٰ إلا به.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤٧٩/٣: غريب، وفي الدراية ١٤٦/٢، واستدرك عليهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٣٩٨ بأنه رواه الخصَّاف في الوقف.

(٢) ١٨/٣.

فإذا صلَّىٰ فيه واحدٌ : زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : يزول ملكُه عنه بقوله : جعلتُه مسجداً .

ـ وأما الصلاةُ فيه: فلأنه لا بدَّ من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، وتسليمُه أن يأذَنَ للناس بالصلاة فيه، فيكون ذلك بمنزلة القبض، فإذا صلَّوْا فيه: فكأنهم قبضوه.

* قوله: (فإذا صلىٰ فيه واحدٌ: زال ملكُه عند أبي حنيفة ومحمد)؛ لأن فِعْلَ كلِّ الناس متعذِّرٌ، فيُشترط أدناهم.

وعن محمد: أنه يَشترط الصلاةَ فيه بالجماعة؛ لأن المسجد يُبنىٰ لها في الغالب.

* قوله: (وقال أبو يوسف: يزول ملكُه بقوله: جعلتُه مسجداً)؛ لأن التسليم عنده ليس بشرطٍ؛ لأنه إسقاطٌ للملك، كالإعتاق.

ـ وإن اتخذ في وَسَطَ داره مسجداً، وأَذِنَ للناس بالدخول فيه، ولم يُفرِزه عن داره: كان علىٰ ملكه، وله أن يبيعه، ويُورَث عنه بعد موته؛ لأن ملكَه محيطٌ به، وله حقُّ المنع منه، ولأنه لم يَخلُص لله تعالىٰ؛ لأنه أبقىٰ الطريقَ لنفسه، ولم يجعل للمسجد طريقاً علىٰ حِدَة.

وأما إذا أظهره للناس، وأفرد له طريقاً، وميَّزه: صار مسجداً خالصاً.

ـ وإن بنىٰ علىٰ سطح منزله مسجداً، أو سكَنَ أسفلَه: فهو ميراثٌ عندهما، وقال أبو يوسف: يكون مسجداً.

. . . .

ـ وإن جعل أسفلَه مسجداً، وفوقَه مَسكناً، وأفرد له طريقاً: جاز إجماعاً؛ لأن المسجد مما يتأبَّد، وذلك يتحقق في السُّفل، دون العُلْو.

وعن محمد: أنه لا يجوز؛ لأن المسجد معظَّمٌ، فإذا كان فوقه مَسكنٌ: لم يكن تعظيماً.

وعن أبي يوسف: أنه جوَّزه في الوجهين حين دخل بغدادَ، ورأىٰ ضِيْقَ المنازل، فكأنه اعتبر الضرورةَ.

وعن محمد: أنه أجاز ذلك أيضاً حين دخل الريَّ.

ـ قال في «الينابيع»: إذا غصب أرضاً، فبناها مسجداً، أو حَمَّاماً: فلا بأس بدخول المسجد للصلاة، ودخولِ الحَمَّام للاغتسال.

ـ وإن غصب داراً، وجعلها مسجداً: لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يصليَ فيه، ولا أن يدخلَه.

وإن جَعَلَه جامعاً: لا يُجَمَّع فيه.

وإن جعلها طريقاً: لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يمرَّ بها. ذكره في باب الحظر والإباحة.

ـ ولو خرب ما حَوْل المسجد، ولم يبق عنده أحدٌ: يبقىٰ مسجداً أبداً عند أبي يوسف إلىٰ يوم القيامة؛ لأنه قد يصلي فيه المارَّة والمسافرون.

ـ وقال محمد: يعود ملك الباني فيه إلىٰ ورثته من بعد موته؛ لأنه عيَّنه لنوع قُربةٍ وقد انقطعت.

ومَن بنىٰ سِقايةً للمسلمين، أو خاناً يسكنُه بنو السبيل، أو رِباطاً، أو جَعَلَ أرضَه مقبرةً: لم يَزُلْ ملكُه عن ذلك عند أبي حنيفة حتىٰ يَحكُمَ به حاكمٌ.

ـ وإن استُغني عن حُصُر المسجد، وخَشَبه، وحشيشه[1]: نُقل إلىٰ مسجدٍ آخر عند أبي يوسف.

وقال بعضُهم: يُباع ويُصرَف في مصالح المسجد.

ـ ولا يجوز صرفُ نِقْضه إلىٰ عمارة بئر؛ لأنها ليست من جنس المسجد.

ـ وكذا البئر لا يُصرف نِقْضُها إلىٰ مسجد، بل يُصرف إلىٰ بئرٍ أخرىٰ.

ـ ولو وقف علىٰ دُهنَ السراج للمسجد: لا يجوز وضعه لجميع الليل، بل بقدر حاجة المصلين، ويجوز إلىٰ ثلث الليل أو نصفِه إذا احتيج إليه للصلاة فيه.

ـ وهل يجوز أن يَدرُسَ الكتابَ علىٰ سراج المسجد؟

ينظر: إن كان وُضع لأجل الصلاة: فلا بأس بذلك إلىٰ أن يفرغوا من الصلاة.

* قوله: (ومَن بنىٰ سقايةً للمسلمين، أو خاناً يَسكنُه بنو السبيل، أو رِباطاً، أو جعل أرضَه مقبرةً: لم يَزُل ملكُه عن ذلك عند أبي حنيفة إلا أن يحكم به حاكمٌ.

---

(١) أي الحشيش الذي يُفرش بدل الحصر، كما يُفعل في بلاد الصعيد. ابن عابدين ١٣/٤٣٧.

وقال أبو يوسف : يزول ملكُه بالقول .

وقال محمد : إذا استقىٰ الناسُ من السِّقاية، وسكنوا الخانَ، والرِّباطَ، ودَفَنوا في المقبرة : زال الملكُ.

وقال أبو يوسف: يزول ملكُه بالقول، وقال محمد: إذا استقىٰ الناس من السقاية، وسكنوا الخانَ والرِّباطَ، ودفنوا في المقبرة: زال الملك).

لأبي حنيفة: أنه لم ينقطع حقُّ العبد عنه، ألا ترىٰ أن له أن ينتفع به، فيسكنَ في الخان، وينزلَ في الرِّباط، ويشربَ من السقاية، ويدفنَ في المقبرة، فيُشترط حكم الحاكم، أو الإضافة إلىٰ ما بعد الموت، كما في الوقف علىٰ الفقراء.

ـ بخلاف المسجد؛ لأنه لم يبق له فيه حقُّ الانتفاع، فخلُص لله تعالىٰ من غير حكم الحاكم.

ولأبي يوسف: أن من أصله: أن التسليم عنده ليس بشرطٍ لازم، فكان كالعتق.

ولمحمد: أن التسليم عنده شرطٌ، وذلك بما ذكر في «الكتاب»: ويُكتفىٰ فيه بالواحد؛ لتعذُّر فعل الجنس كله.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف البئر.

ولأنهم إذا دفنوا في المقبرة: كان ذلك قبضاً، فصار كالمسجد إذا صُلِّي فيه.

. . . .

ـ وأما إذا لم يُدفن فيها أحدٌ: لم يحصل فيها قبضٌ، فبقيت في يد صاحبها، فله الرجوعُ فيها.

ـ ويشترك فيها الأغنياءُ والفقراء في الدفن في المقبرة، والصلاةِ في المسجد، والشُّربِ من السقاية؛ لأن ذلك إباحةٌ، وما كان إباحةً لا يختص به الفقير دون الغني.

بخلاف غلة الصدقة؛ لأن مقتضاها التمليك، فلا يجوز للغني.

ـ ولو تلفت الكيزان المُسبَّلة على السقاية: لا ضمانَ على مَن تلفت في يده بلا تعدٍّ، فإن تعدى: ضمن.

وصفة التعدي: أن يَستعملها في غير ما وُقفت له، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الغَصْب

كتاب الغصب

هو في اللغة: أَخْذُ الشيءِ من الغير علىٰ سبيل التغلُّب، سواء كان مالاً أو غيرَ مال.

ـ وفي الشرع: عبارةٌ عن أَخْذِ مالٍ متقوِّم محترَمٍ بغير إذن المالك، علىٰ وجه يُزيل يدَه عنه.

ـ حتىٰ كان استخدامُ العبد، والحملُ علىٰ الدابة غصباً، دون الجلوس علىٰ السرير والبساط.

ـ وإنما يكون الاستخدامُ غصباً إذا استخدمه الغاصبُ لنفسه، كما إذا غَصَبَه ليَركَبَ له نخلاً، ويجنيَ له ثمرتَه.

أما إذا قال: لتأكلَ أنتَ أيها العبدُ، ففعل: لا يضمن.

ـ ثم الغصبُ عندنا: إزالةُ اليدِ المُحِقَّة قصداً، وإثباتُ اليد المُبْطِلة ضمناً.

وقال الشافعي[1]: إثبات اليد المبطِلة قصداً، وإزالةُ اليد المُحِقَّة ضمناً.

(١) مغني المحتاج ٢/٢٧٥.

ومَن غَصَبَ شيئاً مما له مِثْل، فهَلَك في يده: فعليه ضمان مِثْله.

وفائدته: في الزيادة الحادثة في يد الغاصب، وهي نوعان: منفصلة، كالولد، ومتصلةٌ، كالسِّمَن، وكلاهما عندنا أمانةٌ في يد الغاصب.

وعنده كلاهما مضمونٌ؛ لأنه قد وُجد عنده إثباتُ اليد علىٰ الولد، وعندنا لم توجد إزالة اليد المُحِقَّة.

ـ والغصب علىٰ وجهين: إن كان مع العلم: فحُكْمه المَأثم والمغرَم، وإن كان بدونه: كمن أتلف مالَ غيره يظنُّه مالَه: فحكمه الضمان؛ لأنه حقُّ العبد، فلا يتوقف علىٰ قصده، ولا إثمَ عليه؛ لأن الخطأ موضوعٌ.

ـ والغصب محرَّمٌ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ الآية. البقرة/١٨٨.

وقال تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا ﴾ الآية. النساء/١٠.

وقال عليه الصلاة والسلام: «حُرمة مال المسلم: كحُرمة دمه»[١].

و: «مَن غصب شبراً من أرض: طَوَّقَه اللهُ به من سبع أرضين»[٢].

* قال رحمه الله: (ومَن غَصَبَ شيئاً مما له مِثْلٌ، فهَلَكَ في يده: فعليه ضمانُ مِثله) إن كان له مِثلٌ.

---

(١) سنن الدارقطني ٣/٢٦، قال في مجمع الزوائد ٤/١٧٢: رواه البزار وأبو يعلىٰ، وفيه محمد بن دينار: وثَّقه ابن حبان وجماعةٌ، وضعَّفه جماعةٌ، وبقية رجال أبي يعلىٰ ثقات، وينظر التلخيص الحبير ٣/٤٦، وفيض القدير للمناوي ٣/٣٨١.

(٢) صحيح البخاري (٢٤٥٢)، صحيح مسلم (١٦١٠).

وإن كان مما لا مِثْلَ له : فعليه قيمتُه يومَ الغصب.

ـ وهذا في المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت.

فإن كان موجوداً: وجب عليه رده بعينه، وإن كان هالكاً: وجب عليه ردُّ بدله؛ لأن البدل يقوم مقامَ المُبدَل.

ـ فإن غصب مثلياً في حينه وأوانه، وانقطع عن أيدي الناس، ولم يقدر علىٰ مثله: فعليه قيمتُه يومَ يختصمون عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يوم الغصب.

وقال محمد وزفر: آخر ما انقطع عن أيدي الناس؛ لأن المثل كان في ذمته إلىٰ أن يَنقطع، فلما انقطع: سقطت المطالبة بالمثل، وصار كأنه غَصَبَ في ذلك الوقت ما لا مِثلَ له.

ولأبي يوسف: أنه لمَّا انقطع: التحق بما لا مثلَ له، فتُعتبر قيمته يوم انعقاد السبب، إذ هو الموجِبُ أصله إذا غَصَبَ ما لا مثلَ له.

ولأبي حنيفة: أن الملكَ ثابتٌ في ذمته بعد انقطاعه، بدلالة أنه لو لم يطالبه به حتىٰ وُجد المثلُ: كان له أن يطالبه به، وإنما يُنتقل من المثل إلىٰ القيمة يومَ الخصومة، فوجب أن تُعتبر قيمتُه يومئذٍ.

ـ قال في «الكرخي»: إذا أحضر الغاصبُ المثلَ في حال الانقطاع، وتكلَّف ذلك: أُجبر المالكُ علىٰ أخْذه.

ـ وأما إذا غصب ما لا مثلَ له: فعليه قيمتُه يوم الغصب، إجماعاً.

* قوله: (وإن كان مما لا مثلَ له: فعليه قيمتُه)، يعني يوم الغصب،

وعلىٰ الغاصب ردُّ العين المغصوبة.

وذلك مثلُ العددي المتفاوت، والثيابِ، والعبيد، والدواب، وأشباه ذلك مما لا يكال ولا يوزن.

ـ وفي البُرِّ المخلوط بالشعير: القيمةُ؛ لأنه لا مثل له.

ـ وإنما يضمن المثلَ أو القيمة إذا لم يقدر علىٰ رد المغصوب بعينه؛ لأن حقَّ المالك في عين ماله، فإذا قَدَرَ علىٰ ذلك: لم يجز الرجوع إلىٰ بدله إلا برضاه.

ولأن المقصود إزالة الظُّلامة، وذلك يكون بردِّ العين ما دامت باقيةً، فإذا دفع بدلَها مع القدرة عليها: فهي ظُلامةٌ أخرىٰ، ألا ترىٰ أنه لا يجوز له في ملك غيره إلا باختياره.

ـ ثم إذا وجب عليه ردُّ القيمة: فعليه رد القيمة يوم القبض، فلا يُنظر إلىٰ زيادة قيمة المغصوب بعد القبض في السعر، ولا إلىٰ نقصانها؛ لأن القبض هو السبب الموجِب للضمان.

* قوله: (وعلىٰ الغاصب ردُّ العين المغصوبة).

يعني ما دامت قائمةً، وهو الموجِب الأصلي علىٰ ما قالوا، وردُّ القيمة مَخلَصٌ خَلَفاً.

وقيل: الموجب الأصلي: القيمة، وردُّ العين مَخلَصٌ.

وفائدته: في البراءة والرهن والكفالة بالمغصوب حالَ قيام العين، يعني إذا أبرأ المغصوبُ منه الغاصبَ من ضمان العين، وهي قائمةٌ في يده:

فإن ادعىٰ هلاكَها : حَبَسَه الحاكمُ؛ حتىٰ يُعْلَمَ أنها لو كانت باقيةً : لأظهرها، ثم قضىٰ عليه ببدلها.

فعند مَن قال الواجب القيمة: تصح البراءة، ويسقط ضمان العين.

ـ وكذا الرهن والكفالة يصحان علىٰ اعتبار وجوب القيمة، وعلىٰ اعتبار وجوب رد العين: لا يصح.

وفائدتُه أيضاً: فيمن غصب جاريةً قيمتُها ألفٌ، وله ألفٌ قد حال عليها الحول: فإنه لا تجب الزكاةُ في هذا الألف؛ لأنه مديونٌ.

ـ والواجب: الرد في المكان الذي غصبه فيه؛ لتفاوت القيمة بتفاوت الأماكن.

* قوله: (وإن ادَّعىٰ هلاكَها: حَبَسَه الحاكمُ حتىٰ يعلمَ أنها لو كانت باقيةً لأظهرها، ثم يقضي عليه ببدلها).

ـ وإنما حَبَسَه؛ لأن حقَّ صاحبها متعلِّقٌ بالعين، والأصلُ بقاؤها، وهو يريد أن يُسقِط حقَّه من العين إلىٰ القيمة، فلا يُصدَّق.

ـ فإن تصادقا علىٰ هلاكها، أو قامتْ له بينةٌ بذلك: قضىٰ عليه بالمثل إن كان مثلياً، أو بالقيمة إن لم يكن مثلياً.

ـ فإن كانت زائدةً في بدنها يومَ غَصَبَها، فردَّها ناقصةً: ضمن النقصانَ.

ـ وإن كانت يومَ غَصَبَها زائدةً في السعر، مثل أن تكون قيمتُها يوم غَصَبَها مائتين، فردَّها وهي تساوي مائة: لم يضمن الزيادة؛ لأن الزيادة في السعر غير متحققة، وإنما هو شيءٌ يُلقيه اللهُ في أنفس الناس من الرغبة في

والغصبُ فيما يُنْقَل ويُحوَّل.

العين، والنقصانُ في السعر كذلك؛ لأنه فُتورٌ يُلقيه الله في أنفس الناس فيَزْهَدون في شراء العين، والعين في الحالين جميعاً علىٰ ما هي عليه، فلهذا لم يضمن الزيادة.

ـ فإن غَصَبَها وهي تساوي مائة، فزادت في بدنها حتىٰ صارت تساوي مائتين، ثم نقصت في البدن حتىٰ صارت تساوي مائة: لم يضمن الزيادة عندنا؛ لأنها زيادةٌ لم يقع عليها القبض، فلا تكون مضمونةً، كزيادة السعر.

ولأنها زيادةٌ حصلت في يده بغير فعله، وهلكت بغير فعله.

ـ فإن طلبها صاحبُها والزيادةُ باقيةٌ، فامتنع من ردِّها حتىٰ نقصت: ضمن الزيادةَ؛ لأنه لمَّا امتنع من الردِّ: صار ضامناً، كالمودَع إذا جحد الوديعةَ.

* قوله: (والغصبُ فيما يُنقَل ويُحَوَّل)؛ لأن ضمانَ الغصب متعلِّقٌ بالنقل والتحويل.

والدليل علىٰ ذلك: أن مَن حال بين رجلٍ وبين متاعه، أو غصب مالكَه، ومَنَعَه مِن حَفْظ ماله حتىٰ تلف: لم يضمنه. كذا في «الينابيع».

ـ ولو حوَّل المتاعَ، ونَقَلَه، فهلك: ضمنه.

ـ والنقلُ والتحويل: واحدٌ.

وقيل: التحويلُ: النقلُ من مكان، وإثباتُه في مكان آخر، والنقل: يُستعمل بدون الإثبات في مكانٍ آخر.

وإذا غَصَبَ عقاراً، فهلك في يده: لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يضمنُه.

---

* قوله: (وإذا غصب عقاراً، فهلك في يده: لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمدٌ: يضمنُه).

وهلاكُه إنما يكون بانهدام البناء بآفةٍ سماوية، أو بذهابِ ترابه، أو بغلبة السيل علىٰ الأرض، فيَذهبُ بأشجاره وترابه، فإذا كان مثل هذا: فلا ضمان عليه عندهما.

وقال محمدٌ: يضمن.

ـ فإن حدثت هذه الأشياءُ بفعل أحدٍ من الناس: فضمانُه علىٰ المتلف عندهما.

وقال محمدٌ: هو مخيَّرٌ: إن شاء ضمَّن الغاصبَ، وإن شاء ضمَّن المتلِفَ.

ـ فإن ضمَّن الغاصبَ: رجع علىٰ المتلف.

ـ وأجمعوا علىٰ أنها لو تلفت من سكناه: ضمن؛ لأنه تَلِفَ بفعله.

وقولُ الشافعي[(١)] في غَصْب العقار: مثلُ قولِ محمدٍ؛ لتحقُّق إثبات اليد الغاصبة، ومن ضرورة ذلك: زوالُ يدِ المالك؛ لاستحالة اجتماع اليدين علىٰ محلٍّ واحدٍ في حالةٍ واحدةٍ.

ولهما: أن الغصب بإزالة يد المالك بفعلٍ في العين، وهذا لا يُتصوَّر

---

(١) نهاية المحتاج ١٤٨/٥.

وما نَقَصَ منه بفِعْله، وسُكناه : ضَمِنَه في قولهم جميعاً .

وإذا هَلَكَ المغصوبُ في يد الغاصب، بفِعْله أو بغير فِعْله : فعليه ضمانُه .

وإن نقص في يده : فعليه ضمانُ النقصان .

في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعلٌ فيه، لا في العقار، فصار كما إذا بَعُد المالك عن ماشيته.

ولأن العقار في المكان الذي كانت يدُ صاحبه ثابتةً عليه، فلا يضمن، والغصبُ إنما يتحقق بالنقل والتحويل.

* قوله: (وما نَقَصَ منه بفعله، وسكناه: ضَمِنَه في قولهم جميعاً)؛ لأنه إتلافٌ.

* قوله: (وإذا هلك المغصوبُ في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله: ضمنه).

ـ هذا إذا كان منقولاً، فإن كان الهلاكُ بفعلِ غيرِه: رجع عليه بما ضمن؛ لأنه قرَّر عليه ضماناً كان يُمكنه أن يَتخلَّص منه برد العين.

* قوله: (فإن نقص في يده: فعليه ضمانُ النقصان).

يعني النقصان من حيث فوات الجزء، لا من حيث السعر.

ـ ومراده: غير الربوي، أما في الربوي: لا يُمكن ضمانُ النقصان مع استرداد الأصل؛ لأنه يؤدي إلىٰ الربا.

ـ وإذا وجب ضمانُ النقصان: قُوِّمت العينُ صحيحةً يومَ غَصَبَها، ثم تُقوَّم ناقصةَ: فيغرم ما بينهما.

ـ وإن غصب عبداً، فأَبَقَ من يده ولم يكن أَبَقَ قبل ذلك، أو كانت أمةً، فزنت في يده ولم تكن زنتْ قبل ذلك، أو سرقت: فعلىٰ الغاصب ضمانُ ما نقص من العبد والجارية من السرقة والإباق والزنا.

ـ وإن أصابها حُمَّىً في يد الغاصب، فردها محمومةً، فماتت عند صاحبها: ضمن الغاصب ما نقصتْها الحُمَّىٰ، دون قيمتها؛ لأن الموت ليس من الحُمَّىٰ التي كانت في يد الغاصب، وإنما هو من الحُمَّىٰ التي حدثت في يد صاحبها؛ لأن الحُمَّىٰ يحصل منها الألم جزءاً فجزءاً، ثم تتكامل بما يتجدد من الحُمَّىٰ من بعده، فتموت من ذلك.

ـ وإن غصبها محمومةً، فماتت في يد الغاصب: ضمن قيمتَها محمومةً يوم غصبها.

ـ فإن كانت زنت في يد المولىٰ، أو سرقت، ثم غصبها، فأُخذت بحدِّ الزنا والسرقة، فماتت من ذلك: فلا ضمانَ عليه؛ لأنها تلفت بسببٍ كان في يد المولىٰ.

ـ وكذا لو حَبِلتْ في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولىٰ، فماتت من ذلك: فلا ضمانَ علىٰ الغاصب.

ومَن ذبح شاةَ غيرِه بغير أمره: فمالكُها بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمتَها، وسلَّمها إليه، وإن شاء ضمَّنه نقصانَها.

ومَن خرَقَ ثوبَ غيرِه خرْقاً يسيراً: ضَمِنَ نقصانَه.

ـ وكذا لو كان المولىٰ أحبلها، ثم غصبها، فماتتْ في يد الغاصب من الحبل: لا ضمانَ علىٰ الغاصب؛ لأن التلف حصل بسببٍ كان في يد المولىٰ، فهو كما لو قَتَلَها المولىٰ في يد الغاصب.

ـ فإن كان الغاصبُ غَصَبَها وهي حُبلىٰ من غير إحبالٍ من المولىٰ، ولا من زوجٍ كان لها في يد المولىٰ، فماتت في يد الغاصب من ذلك: ضمن قيمتها؛ لأنها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولىٰ، ولا بسببٍ كان في يده.

ـ فإن زنت أو سرقت في يد الغاصب، فردَّها علىٰ المولىٰ، فأُخذت بذلك في يده: فعلىٰ الغاصب قيمتُها؛ لأنها تلفت بسببٍ كان في يده.

* قوله: (ومَن ذَبحَ شاةَ غيرِه: فمالكُها بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمتَها، وسلَّمها إليه، وإن شاء ضمَّنه نقصانَها).

وهذا ظاهرُ الرواية، وهو قول محمد.

ـ وكذا لو سلخها، وقطع لحمَها، ولم يَشْوِه.

وفي رواية: يُضمِّنه نقصانَها.

ـ وإن كانت الدابةُ غيرَ مأكولةِ اللحم، فقطع طرفَها: فللمالك أن يُضمِّنه جميعَ قيمتها؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه، بخلاف المأكولة.

* قوله: (ومَن خرَقَ ثوبَ غيره خرْقاً يسيراً: ضمن نقصانَه)، والثوبُ

وإن خَرَقَه خَرْقاً كبيراً يُبْطِلُ عليه عامةَ منفعته: فلمالِكه أن يضمِّنه جميعَ قيمته.

لمالكه؛ لأن العين قائمةٌ من كل وجه، وإنما دخله عيبٌ، فيضمن العيبَ.

* قوله: (وإن خَرَقَه خَرْقاً كثيراً[١] يُبطل عليه عامةَ منافعه: فلمالكه أن يُضمِّنَه جميعَ قيمته)؛ لأنه استهلاكٌ له.

ـ وإذا ضمن قيمتَه: مَلَكَه؛ لأن صاحبه لمَّا ملك القيمة: ملك الغاصبُ بدلَها، حتىٰ لا يجتمع في ملك المغصوب منه البدلان.

وإن شاء صاحب الثوب ضمَّنه النقصانَ؛ لأنه لم يستهلكه استهلاكاً تاماً، ولا اتصل بزيادة، والمماثلة فيه غير معتبرة، فلهذا جاز أن يضمنه النقصان، ويأخذه. كذا في «شرحه».

ـ فقوله: لم يستهلكه استهلاكاً تاماً: يُحترز مما لو أحرقه.

ـ وقوله: ولا اتصل بزيادة: يُحترز مما لو صبغه.

ـ وقوله: والمماثلة غير معتبرة: يُحترز من المكيل والموزون.

وقوله: خَرْق: هو بالتخفيف، بدليل قوله: خَرْقاً، ولم يقل: تخريقاً.

ـ وقوله كثيراً: هو بالثاء المثلثة؛ لأنه ذكره في مقابلة قوله: يسيراً، ولو كان بالباء الموحدة: لقال في الأول: خَرْقاً صغيراً. كذا في «المستصفىٰ».

---

(١) وفي كثيرٍ من نسخ القدوري: كبيراً، وقد رجَّح المؤلف الحداد بالثاء، كما سينص علىٰ هذا بعد قليل.

وإذا تغيَّرت العينُ المغصوبةُ بفِعْل الغاصب حتىٰ زال اسمُها، وعُظْمُ منافعها : زال مِلْكُ المغصوبِ منه عنها، ومَلَكَها الغاصبُ، وضَمِنها، . . .

ـ واختلف المتأخرون في الخَرْق الفاحش:

قال بعضهم: هو ما أوجب نقصانَ ربع القيمة، وما دونه: يسير.

وقال بعضهم: ما أوجب نقصانَ نصفِ القيمة.

وقيل: ما لا يَصلح الباقي بعده لثوب.

وفي «الهداية»(١): إشارةُ الكتاب إلىٰ أن الفاحش ما تبطل به عامة المنافع، والصحيح أنه ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة، واليسير: ما لا يفوت به شيءٌ من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان.

وفي «المحيط»: الفاحش: ما يستنكف أوساط الناس من لُبْسه مع ذلك.

ـ ولو قال لرجل: أُخرُقْ ثوبي هذا، ففعل: يأثم، ولا يضمن.

ـ وإن خَرَقَ صكَّ غيره: يضمن قيمتَه مكتوباً عند أكثر المشايخ، ولا يضمن المال؛ لأن الإتلاف صادف الصكَّ، ولم يصادف المال.

* قوله: (وإذا تغيَّرت العينُ المغصوبة بفعل الغاصب، حتىٰ زال اسمُها، وعُظْمُ منافعِها: زال ملكُ المغصوب منه عنها، ومَلَكَها الغاصبُ، وضَمِنَها).

---

(١) ٤/ ١٧.

ولم يَحِلَّ له الانتفاعُ بها حتىٰ يؤدِّيَ بدلَها.

وعند الشافعي[١]: لا ينقطعُ حقُّ المالك عنها.

- وقوله: ومَلَكَها الغاصب: قال نجم الدين النسفي: الصحيح عند المحققين من أصحابنا أن الغاصبَ لا يملك المغصوبَ، إلا عند أداء الضمان، أو القضاء بالضمان، أو بتراضي الخصمين علىٰ الضمان.

فإذا وُجد شيءٌ من هذه الثلاثة ثبت الملك، وإلا: فلا.

- وبعد وجود شيءٍ من هذه الثلاثة: إذا ثبت الملك: لا يحل للغاصب تناولُه، إلا أن يجعله صاحبُه في حِلٍّ.

* قوله: (ولم يحِلَّ له الانتفاعُ بها حتىٰ يؤديَ بدلَها).

- فيه إشارةٌ إلىٰ أنه إذا قضىٰ القاضي بالضمان: لا يحلُّ له الانتفاع ما لم يؤد الضمان.

وليس كذلك، فقد نصَّ في «المبسوط»[٢]: أنه يحلُّ له الانتفاع إذا قضىٰ القاضي بالضمان، ثم إذا أدىٰ البدلَ: يحل له الانتفاع؛ لأن حق المالك صار مستوفىً بالبدل، فجُعل مبادلةً بالتراضي.

- وكذا إذا أبرأه؛ لسقوط حقه.

- وكذا إذا ضمَّنه الحاكم، أو ضمَّنه المالك، لوجود الرضا منه؛ لأنه

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٩٠.

(٢) ١١/٩٥.

وهذا كمَن غَـصَبَ شـاةً، فـذبحها، وشـواها أو طبخهـا، أو غَـصَبَ حنطةً، فطحنها، أو حديداً، فاتَّخذه سيفاً، أو صُفْراً، فعَمِله آنيةً.

وإن غصب فضةً أو ذهباً، فضَرَبَها دراهمَ، أو دنانيرَ، أو آنيةً: لم يَـزُلْ مِلْكُ مالكِها عنها عند أبي حنيفة.

لا يقضي الحاكم إلا بطلبه.

* قوله: (وهذا كمن غَصَبَ شاةً، فذَبَحَها، وشَوَاها أو طَبَخَها، أو غصب حنطةً، فطَحَنَها، أو حديداً، فاتَّخذه سيفاً، أو صُفراً، فعَمِلَه آنيةً[1]).

* قوله: (وإن غصب فضةً أو ذهباً، فضَرَبَها دراهمَ أو دنانيرَ أو آنيةً: لم يزُل ملكُ مالكِها عنها عند أبي حنيفة).

فيأخذُها ولا شيءَ للغاصب، ولا يعطيه لعمله شيئاً؛ لأن العين باقيةٌ من كل وجه؛ لأن الاسم باق، وكونه موزوناً باقٍ أيضاً.

ـ وكذا جريان الربا فيه موجودٌ.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا سبيلَ للمغصوب منه علىٰ الدراهم والدنانير المضروبة، وعلىٰ الغاصب مثلُ الفضة التي غَصَبَها ومَلَكَها[2])؛ لأنه أحدث فيها صنعةً معتبرةً.

---

(١) أُثبتَ هذا القدرُ من مختصر القدوري في نسخٍ من الجوهرة، دون أخرىٰ، ولم يأت لهذه المقولة شرحٌ فيها.

(٢) قول الصاحبين هذا في هذه الجملة كلها غير مثبتٍ في نسخ القدوري.

ومَن غَصَبَ سَاجَةً، فبنىٰ عليها: زال مِلْكُ مالكِها عنها، ولزم الغاصبَ قيمتُها.

ـ وأما إذا سَبَكَ الفضةَ أو الذهب، ولم يَصُغْهما، ولم يَضربْهما دراهمَ ولا دنانير، بل جعلهما صفائحَ مَطْلَوَّة: لم تنقطع يدُ صاحبها عنها، إجماعاً.

ـ ولو غَصَبَه دراهمَ، فخلطها بدراهمه، حتىٰ صارت لا تتميَّز: فعليه مثلُها، ولا شركةَ بينهما فيها عند أبي حنيفة.

وقالا: هو بالخيار: إن شاء ضمَّنه مثلَها، وإن شاء شاركه بقدرها، يعني إذا صاغها حُلياً أو آنية.

ـ قال في «الكرخي»: إذا غصبه طعاماً، فزرعه: كان عليه مثله عند أبي حنيفة، ويتصدق بالفضل، وعندهما: لا يتصدق بالفضل.

ـ وهذا إذا ضمن بعد انعقاد الحَبِّ؛ لتمكن الحَبِّ[1]، أما لو ضمن قبل انعقاد الحَبِّ: طاب له الفضلُ، بالإجماع.

ـ وكذا كل نوىً غَرَسَه، فنبت: ضمن قيمتَه، يعني إذا غصبه، فغرسه؛ لأنه إذا نبت: صار مستهلَكاً، فهو كالحب إذا نبت.

ـ وكذا إذا غصب دقيقاً، فخَبَزَه، أو بيضاً، فصار فُرُوخاً: مَلَكَه؛ لزوال اسمه، أو تراباً، فجعله لَبِناً أو آنيةً، أو قطناً، فغزَلَه، أو خشباً، فعمله سفينةً: ففي هذا كله يزول ملكُ مالكه عنه.

* قوله: (ومَن غَصَبَ ساجَةً[2]، فبنىٰ عليها: زال مِلكُ مالكها عنها، ولزم الغاصبَ قيمتُها).

---

(١) وفي غالب النسخ: الخبث، وفي أخرىٰ: الحبس.

(٢) الساج: شجر عظيم جداً، ولا ينبت إلا ببلاد الهند. اللباب ٣/٤٧٩.

ومَن غَصَبَ أرضاً، فغرس فيها، أو بنىٰ: قيل له: اِقْلَعِ الغَرْسَ والبناءَ، وردَّها إلىٰ مالكها فارغةً.

وقال زفر والشافعي[1]: يُنقَض البناءُ، ويُردُّها علىٰ صاحبها.

قال الهُنْدُوانيُّ: إنما لا يُنقَض البناءُ عندنا إذا بنىٰ حواليها، أما إذا بنىٰ علىٰ نفسها: يُنقَض.

وإطلاق «الكتاب»: يردُّ ذلك، وهو الأصح، يعني أنه لا يُنقض، سواء بنىٰ عليها أو حواليها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[2].

وفي قلع البناء ضررٌ، ويمكننا توفيةُ الحقَّيْن من غير ضرر، بأن يُلزم الغاصب قيمتها، إذ هي تقوم مقامها.

* قوله: (ومَن غصب أرضاً، فغرس فيها، أو بنىٰ: قيل له: اقلَعِ البناءَ والغرسَ، وردَّها إلىٰ مالكها فارغةً).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعِرْقٍ ظالمٍ حقٌّ»[3].

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٩٣.

(٢) سنن ابن ماجه (٢٣٤٠)، وحسَّنه النووي في أربعينه، وفي أذكاره ص٣٥١، وأطال في تخريجه وذكر طرقه الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٤.

(٣) سنن أبي داود (٣٠٧٣)، سنن الترمذي (١٣٧٨)، قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات ٣/٢/١٤: إسنادُ أبي داود صحيح. اهـ، وكذلك صحَّحه ابن الملقن في البدر المنير ١٧/٣٠٤، وغيرهما.

فإن كانت الأرضُ تَنْقُصُ بقَلْع ذلك : فللمالك أن يَضْمَن له قيمةَ البناء والغرسِ مقلوعاً، ويكونُ له .

ولأن ملك صاحبِ الأرض باقٍ، فإن الأرض لم تَصِرْ مستهلكةً، والغصبُ لا يتحقق فيها، فيُؤمر الغاصبُ بتفريغها، كما إذا أشغل ظرفَ غيره بطعامه.

ـ ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعِرْقٍ ظالمٍ حقٌّ»: أي ليس لذي عِرْقٍ ظالمٍ، وهو الذي يُغرس في الأرض غصباً، ووَصَفَ العِرْقَ بالظلم، والمراد: صاحبُه.

وفي بعض الروايات: «ليس لعرقِ ظالمٍ: علىٰ الإضافة إلىٰ العِرْق.

* قوله: (فإن كانت الأرض تَنْقُص بقلع ذلك: فللمالك أن يَضمَنَ له قيمةَ البناء والغرس مقلوعاً، ويكون له).

لأن فيه نظراً لهما، ودَفْعَ الضرر عنهما، ويضمن قيمتَه مقلوعاً؛ لأنها الحالةُ التي يجب فيها ردُّها، فتُقوَّم الأرضُ بدون الشجر والبناء، وتُقوَّم وهما بها، ولكن لصاحبها أن يأمر بقلعه، فيضمن فضلَ ما بينهما.

ـ ولو غصب فَصِيلاً[1]، وأدخله بيتَه، فكَبِرَ حتىٰ صار لا يخرج إلا بهدم الجدار، وقلعِ الباب: فإن كانت قيمةُ الفصيل أكثرَ من قيمة الدار: وجب عليه هدمُ البناء، وردُّ الفصيل.

---

(١) ولد الناقة. المصباح المنير.

. . . .

وإن كانت قيمةُ البناء والهدم أكثرَ: غَرِمَ قيمةَ الفَصيل؛ لأنه يأخذ حقَّه من القيمة من غير ضرر.

ـ وكذا إذا ابتلعت الدجاجةُ لؤلؤةً لغير صاحبها: لم يُجبر صاحبُها علىٰ ذبحها؛ لأنه لم يكن بفعلٍ حصل منه، فيُقال لصاحب اللؤلؤة: إن شئت فخذ القيمة، وإن شئتَ فاصبر حتىٰ تَزْرِقَها الدجاجةُ، أو يذبحَها مالكُها باختياره.

وروي عن محمد: أنه يقال لصاحب اللؤلؤة: أعطِ صاحبَ الدجاجة قيمةَ الدجاجة، وخذِ الدجاجةَ.

وفي رواية: يُنظر أيُّهما أكثر قيمةً: فصاحبه بالخيار. كذا في «العيون».

ـ ولو وقع درهمٌ أو لؤلؤةٌ في مَحبَرة، وكان لا يخرج إلا بكسرها: إن كان ذلك بفعل صاحب المِحبَرة، وكان أكثرَ قيمةً من المَحبَرة: كُسرت، ولا غُرْم علىٰ صاحب الشيء الواقع فيها.

وإن وقع بفعل صاحب الشيء، أو بغير فعلِ أحدٍ: كُسرت أيضاً، وعلىٰ صاحب الشيء قيمةُ المحبرة إن شاء، وإلا: صَبَرَ حتىٰ تنكسر.

ـ ولو أَدخلت بهيمةٌ رأسَها في قِدْرٍ أو بُرْمة[1]، ولم تخرج إلا بكسرها: فهو علىٰ مسألة الفَصيل.

ـ ولو غصب خيطاً، فخاط به ثوباً: فعليه قيمتُه، ولا يُنزَع.

---

(١) القِدْر من الحَجَر. المصباح المنير.

ومَن غَصَبَ ثوباً، فصَبَغَه أحمرَ، أو سَويقاً فلَتَّه بسمنٍ: فصاحبُه بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوبه أبيضَ، ومِثْلَ السَّوِيق، وسلَّمهما للغاصب، وإن شاء أخذهما، وضَمِنَ ما زاد الصِّبْغُ والسَّمْنُ فيهما.

ـ ومَن ركب دارَ غيره لإطفاء حريقٍ وقع في البلد، فانهدم جدارٌ من الدار بركوبه: لم يضمن قيمةَ الجدار؛ لأن ضرر الحريق عامٌّ علىٰ المسلمين، فكان لعامة المسلمين دَفْعُ ذلك عنهم، كما إذا حَمَلَ العدوُّ علىٰ المسلمين، فدفع عنهم رجلٌ ذلك العدوَّ بآلةِ غيرِه حتىٰ تلفت الآلةُ: لم يضمن من قيمتها شيئاً، كذلك هذا.

* قوله: (ومَن غصب ثوباً، فصبغه أحمرَ، أو سويقاً، فلتَّه بسمنٍ: فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوبه أبيضَ، ومثلَ السويق، وسلَّم ذلك للغاصب، وإن شاء أخذهما، وغَرِم ما زاد الصِّبْغُ والسَّمْنُ فيهما).

لأن فيه رعايةَ الحقَّيْن من الجانبين، والخيرةُ لصاحب الثوب؛ لكونه صاحب الأصل؛ لأن ماله متبوعٌ، ومالُ الغاصب تبعٌ.

ـ وأما إذا غصب ثوباً، فقَصَرَه: فإن لصاحبه أن يأخذه بغير شيء؛ لأن القِصارة ليست بزيادة عينٍ في الثوب، وما استعمله فيه من الصابون وغيره يتلف، ولم تبق له عينٌ.

ـ وكذا إذا غسله بالصابون والماء.

ـ وقيَّد بقوله: فصبغه: إذ لو ألقتْه الريحْ في صِبْغ إنسانٍ، فانصبغ به: فإن صاحب الثوب يؤمر بتسليم قيمة الصِّبْغ؛ لأنه لا جنايةَ من صاحب الصِّبْغ، أو يكون الثوبُ مشتركاً بينهما علىٰ قدر حقَّيْهما.

. . . .

ـ وإنما ذكر في الثوب القيمةَ، وفي السويق المثلَ؛ لأن السويق مثليٌّ.

وقال في «الأصل»: يضمن قيمةَ السويق؛ لأنه يتفاوت بالقلي، فلم يبق مثلياً.

ـ وهذا إذا كان الصَّبْغ يزيد في الثوب في العادة، كالعُصفر والزعفران، أما إذا كان يُنقصه: فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوبه أبيض، وسلَّمه للغاصب، وإن شاء أخذه ولا شيءَ للغاصب.

ـ والصفرة في الصَّبْغ: كالحمرة.

ـ وقيَّد بقوله: فصَبَغَه أحمرَ: احترازٌ عن السواد: فإن فيه خلافاً: فعند أبي حنيفة هو نقصانٌ، وعندهما: زيادةٌ، كالحمرة.

ـ فإذا صَبَغَه أسود: كان صاحبُه بالخيار عند أبي حنيفة: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوبه أبيض، وتركه له، وإن شاء أخذه أسودَ، ولا شيء للغاصب؛ لأنه أدخل فيه نقصاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو كالعُصفر، فيعطيه ما زاد الصَّبْغ فيه، وإن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوبه أبيض.

ومن أصحابنا مَن قال: لا خلافَ بينهم في الحقيقة، إلا أن أبا حنيفة أجاب علىٰ ما شاهد في زمانه، فإنهم كانوا لا يلبسون السوادَ، وكان نقصاناً عندهم، وهما أجابا علىٰ ما في زمانهما، فإنهم كانوا يلبسون السواد، وكان زيادةً عندهم، فعلىٰ هذا: هو اختلافُ عصرٍ وزمان.

ومَن غصب عيناً، فغيَّبها، فضَمَّنه المالكُ قيمتَها: مَلَكَها الغاصبُ.

والقولُ في القيمة قولُ الغاصب مع يمينه، إلا أن يقيم المالكُ البينةَ بأكثر من ذلك.

فإن ظهرت العينُ، وقيمتُها أكثرُ مما ضَمِن، وقد كان ضَمِنَها بقول المالك، أو ببينةٍ أقامها، أو بنكولِ الغاصب عن اليمين: فلا خيارَ للمالك.

ـ وإن كان صاحبُ الثوب هو الذي غصب العُصفرَ، فصبغ به ثوبَه: كان الثوبُ له، وعليه ضمان مثلِ العصفر: إن كان يكال: فمثل كيله، وإن كان يوزن: فمثل وزنه، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن: فقيمتُه يوم أخذه، وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب؛ لأن الثوب متبوعٌ، وليس بتابع.

* قوله: (ومَن غصب عيناً، فغيَّبها، فضمَّنه المالكُ قيمتَها: مَلَكَها الغاصب بالقيمة، والقول في القيمة قولُ الغاصب مع يمينه)؛ لأن المالك يدعي زيادةً، وهو يُنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه.

* قوله: (إلا أن يقيم المالكُ البينةَ بأكثر من ذلك)؛ لأن البينة أَوْلىٰ من اليمين.

* قوله: (فإن ظهرت العينُ، وقيمتُها أكثرُ مما ضمن، وقد ضمنها بقول المالك أو ببينةٍ أقامها، أو بنكولِ الغاصب عن اليمين: فلا خيار للمالك)، وهي للغاصب؛ لأنه مَلَكَها برضا المالك، حيث ادعىٰ هذا المقدار.

وإن كان ضَمِنَها بقول الغاصب مع يمينه : فالمالكُ بالخيار : إن شاء أمضىٰ الضمانَ، وإن شاء أَخَذَ العينَ، وردَّ العوضَ.

وولدُ المغصوبة، ونماؤها، وثمرةُ البستان المغصوب : أمانةٌ في يد الغاصب.

فإن هلك : فلا ضمان عليه، إلا أن يتعدَّىٰ فيها، أو يَطلُبَها مالكُها، فيَمْنَعَه إيَّاها.

---

* قوله: (وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه: فالمالك بالخيار: إن شاء أمضىٰ الضمانَ، وإن شاء أخذ العينَ، وردَّ العوض)؛ لأنه لا يتمُّ رضاه بهذا المقدار.

ـ ولو ظهرت العينُ وقيمتُها مثلُ ما ضمن أو دونه في هذا الفصل الآخر: فكذا الجواب في ظاهر الرواية، يعني أن المالك بالخيار؛ لأنه لم يتمَّ رضاه، حيث لم يُعطَ ما يدعيه، وهذا هو الأصح، خلافاً لما يقوله الكرخي: إنه لا خيار له.

* قوله: (وولدُ المغصوبة، ونماؤها، وثمرةُ البستان المغصوب: أمانةٌ في يد الغاصب، فإن هلكت: فلا ضمانَ عليه، إلا أن يتعدىٰ فيها، أو يطلبَها مالكُها، فيمنعه إياها).

وقال الشافعي(١): زوائدُ الغصب مضمونةٌ، متصلةً كانت أو منفصلةً.

---

(١) تحفة المحتاج ٦/٤١.

وما نَقَصَت الجاريةُ بالولادة: فهي في ضمان الغاصب.

والخلاف راجع إلىٰ أصلٍ، وهو: أن الغصب عندنا إزالةُ اليد المُحِقة قصداً، وإثبات اليد المبطلة ضمناً، وعنده: الغصب إثباتُ اليد المبطلة قصداً، وإزالة اليد المحقة ضمناً.

وفائدة ذلك: في الزيادة الحادثة في يد الغاصب، وهي نوعان: منفصلةٌ، كالولد والثمر، ومتصلةٌ، كالسِّمَن، وكلاهما أمانةٌ في يد الغاصب عندنا.

وعنده: كلاهما مضمونٌ؛ لأنه وُجد عنده إثباتُ اليد علىٰ الولد.

وعندنا: لم توجد إزالةُ اليد المحقة، ويدُ المالك لم تكن ثابتةً علىٰ هذه الزيادة حتىٰ يزيلها الغاصبُ.

ـ ثم حدوث الولد علىٰ وجهين: إن حدث في يده بعد الغصب: فهو أمانةٌ، إلا أن يتعدىٰ فيه، أو يمنعَه منه.

ـ ولا فرق بين أن يَغصبها حاملاً أو حائلاً في أن الولد أمانةٌ؛ لأن الحملَ لا قيمة له.

والوجه الثاني: أن يَغصبها والولدُ معها: فإنه يضمن الولدَ؛ لأنه قد وقع عليه القبضُ الموجِب للضمان.

* قوله: (وما نقصت الجارية بالولادة: فمِن ضمان الغاصب).

وصورته: إذا حبلت عند الغاصب، أو زنت بعبد الغاصب، أما إذا كان الحبل من الزوج أو المولىٰ: فلا ضمان عليه.

فإن كان في قيمة الولد وفاءٌ به: جُبِر النقصانُ بالولد، وسَقَطَ ضمانُه عن الغاصب.

---

* قوله: (فإن كان في قيمة الولد وفاءٌ به: جُبر النقصان بالولد، وسقط ضمانُه عن الغاصب).

وقال زفر: لا ينجبر بالولد؛ لأن الولد ملكُه، فلا يصلح جابراً لملكه.

ولنا: أن الولادة فوَّتت جزءاً، وأفادت مالاً، فوجب أن يُجبر الفائتُ بالفائدة، كمن قطع يدَ المغصوبة، فأخذ الغاصبُ أرشَها وفيه وفاءٌ، وكمن قلع سنَّها، فنبتت.

ـ وإن لم يكن في الولد وفاءٌ: فإنه يقوم مقامَ ما بإزائه، ويَغرم الغاصبُ فضلَ النقصان.

ـ وكذا إذا مات الولد: فعليه ضمان النقصان؛ لأنه لما مات صار كتلف الأرش في يده.

ـ ولو تلف الأرش في يده: كان عليه الإتيانُ بغيره، فكذا إذا تلف الولد.

ـ ومَن غصب جاريةً، فزنىٰ بها، ثم ردها، فحبلت، وماتت في نفاسها: ضمن قيمتَها يوم عَلِقت، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا ضمان عليه؛ لأن الردَّ قد صحَّ، والهلاكُ بعده بسببٍ حَدَثَ في يد المالك، وهو الولادة، فلم يضمن الغاصب، كما إذا حُمَّت في يد الغاصب، ثم ردها، فهلكت، أو زنت في يده، ثم ردها، فجُلِدت، فهلكت منه.

ولا يَضمنُ الغاصبُ منافعَ ما غَصَبه، إلا أن يَنْقُصَ باستعماله، فيَغْرَمُ النقصانَ.

ولأبي حنيفة: أنه غصبها، وما انعقد فيها سببُ التلف وردَّها وفيها ذلك: فلم يوجد الردُّ علىٰ الوجه الذي أخذه، فلم يصح الرد.

* قوله: (ولا يضمن الغاصبُ منافعَ ما غَصَبَه، إلا أن يَنقص باستعماله له، فيَغرم النقصان).

صورته: إذا غصب عبداً خبَّازاً، فأمسكه شهراً ولم يستعمله، ثم رده إلىٰ المالك: لا يجب عليه ضمانُ منافعِ الشهر عندنا.

ـ وصورة إتلاف المنافع: أن يستعمل العبدَ أياماً، ثم يرده علىٰ مولاه، فعندنا: لا يضمن.

ـ قال الخُجَندي: ولا أجرةَ علىٰ الغاصب في استخدامه عبدَ الغصب، ولا في سكنىٰ دارٍ غصبها.

وفي «الكرخي»: إذا آجر الغاصبُ العبدَ المغصوب: فالأجرة للغاصب، ويتصدق بها.

ـ ولو غصب طعاماً، فأكله المالك وهو يعرفه أو لا يعرفه، أو أطعمه إياه الغاصب وهو لا يعرفه، أو كان ثوباً، فألبسه إياه وهو لا يعرفه: فقد برئ منه الغاصب؛ لأنه قد سُلِّم له بالأكل واللبس، فلو ضمَّن الغاصبَ: لسَلِم له العوضَ والمعوض، وهذا لا يصح.

وإذا استَهلك المسلمُ خمرَ الذمِّيِّ، أو خِنزيرَه: ضَمِن قيمتَهما.

ـ وينبغي علىٰ قول أبي يوسف ومحمد أنه إذا غصب حنطةً، فطحنها، وأطعمها المغصوبَ منه: أنه لا يبرأ؛ لأنه قد مَلَكَها بالطحن، فبان أنه أطعم ملكَ نفسه، فيكون متبرِّعاً بذلك.

ـ وفي «البزدوي الكبير»[١]: مَن غصب طعاماً، فأطعمه المالكَ من غير أن يَعلمه: برئ منه عندنا؛ لأنه أداءٌ حقيقةً، فإن عَيْنَ مالِه وَصَلَ إليه، فجَهْلُه به لا يُبطل قبضَه له.

أي جهلُه بأنه ملكُه لا يُبطل حكماً شرعياً، ألا ترىٰ أن مَن اشترىٰ عبداً، فقال البائعُ للمشتري: أعتق عبدي هذا، وأشار إلىٰ المبيع، فأعتقه المشتري ولم يعلم أنه عبده: صحَّ إعتاقه، ويُجعل قبضاً، ويَلزمه الثمن؛ لأنه أعتق مِلْكَه، وجَهْلُه بأنه ملكه: لا يمنع صحةَ ما وُجد منه، كذا هذا.

وقال الشافعي[٢]: لا يبرأ؛ لأنه ليس بأداءٍ مأمورٍ به؛ لأنه غُرورٌ، والشرعُ لم يأمر بالغُرور، فبطل الأداء؛ نفياً للغُرور.

* قوله: (وإذا استهلك المسلمُ خمرَ الذميِّ، أو خنزيرَه: ضمن قيمتهما)؛ لأن الخمر لهم: كالخلِّ لنا، والخنزير في حقهم: كالشاة لنا، ونحن أُمرنا أن نتركهم وما يتديَّنون، والسيفُ موضوعٌ، فتعذَّر الإلزام، إلا

---

(١) أي أصول البزدوي: «كنز الوصول إلىٰ معرفة الأصول»، ص١٤٢، في طبعتي المحققة، ومعه: تخريج أحاديث أصول البزدوي، للعلامة قاسم بن قطلوبغا.

(٢) تحفة المحتاج ٦/٤٥.

وإن استهلكهما لمسلمٍ: لم يَضمن.

أنه تجب قيمة الخمر وإن كان مثلياً؛ لأن المسلم ممنوعٌ من تمليكه وتملُّكه.

ـ بخلاف ما إذا أتلفه ذميٌّ لذمي: فإنه يجب مثله؛ لأن الذمي غير ممنوعٍ من تمليكه وتملُّكه.

* قوله: (وإن استهلكهما مسلمٌ لمسلم: لم يضمن).

ـ وكذا إذا استهلكهما ذميٌّ لمسلم: لا ضمانَ عليه أيضاً.

ـ ولو غصب مسلمٌ خمرَ المسلم، فتخلَّلت عنده، أو خلَّلها الغاصبُ: كان للمغصوب منه أن يستردَّها.

فإن هلكت عند الغاصب بعد ما صارت خلاًّ: فلا ضمان عليه؛ لأن الغصب لم يوجِب عليه الضمان، فلا يجب عليه بعد ذلك.

ـ وإن استهلكها الغاصبُ: ضمن مثلَها خلاًّ؛ لأن الاستهلاك بسببٍ آخر، وهو يوجب الضمان.

ـ وإن غصب جلدَ ميتةٍ، فدَبَغَه بما له قيمةٌ، واستهلكه: لا يضمنه عند أبي حنيفة؛ لأن التقوُّم إنما حصل بفعله.

وعندهما: يضمن الجلدَ مدبوغاً، ويعطيه ما زاد الدِّبَاغ فيه.

ـ وإن هلك: لا ضمان عليه، إجماعاً؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف، والغصب المتقدم لا يتعلق به ضمانٌ؛ لأن الجلد لا قيمةَ له.

. . . .

ـ وأما إذا دبغه بما لا قيمة له، فهلك بعد الدباغ: لا ضمان عليه؛ لأن الدباغ ليس باستهلاك.

ـ وإن استهلكه: ضمن، إجماعاً؛ لأن الجلد صار مالاً، وهو علىٰ ملك صاحبه، فإذا أتلفه الغاصبُ: ضمنه بالإتلاف.

ـ هذا كله في حالة هلاك الجلد، أما حال وجوده: فنقول: إذا غصب جلدَ ميتةٍ، فدبغه بما لا قيمة له: فلصاحبه أن يأخذه منه بغير شيء؛ لأنه استحال مالاً علىٰ حكمِ مِلْكه من غير زيادةٍ؛ لأنه إنما استحال بالشمس والتراب.

ـ وإن دبغه بما له قيمةٌ: فلصاحبه أن يأخذه، ويَغرَم ما زاد الدباغُ فيه؛ لأن الجلد صار مالاً بمال الغاصب.

وصورة ذلك: أن ينظر إلىٰ قيمته ذكياً غيرَ مدبوغ، وإلىٰ قيمته مدبوغاً، فيضمن فضلَ ما بينهما.

وللغاصب أن يحبسه حتىٰ يستوفيَ حقه.

ـ وهذا كله إذا أخذ جلدَ الميتة من منزل صاحبها، أما إذا ألقاها المالك في الطريق، فأخذه إنسانٌ، فدبغه:

فقد قيل: لا سبيلَ له عليه؛ لأن إلقاء الميتة في الطريق إباحةٌ لأخذها، فلم يثبت له الرجوعُ، وقيل: له أن يرجع.

. . . .

ـ **مسائلُ شتىٰ**: قال في «الهداية»[١]: ومَن غصب ألفاً، فاشترىٰ بها جاريةً، فباعها بألفين، ثم اشترىٰ بالألفين جاريةً، فباعها بثلاثة آلاف: فإنه يتصدق بجميع الربح، وهذا عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ـ وكذا المودَع علىٰ هذا.

ـ ومَن كَسَرَ لمسلم بَرْبَطاً أو طَبْلاً أو مِزْماراً أو دُفّاً: فهو ضامنٌ، وبيع هذه الأشياء جائزٌ، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يضمن، ولا يجوز بيعُها؛ لأن هذه الأشياء أُعدَّت للمعصية[٢]، فبطل تقويمها، كالخمر.

ولأبي حنيفة: أنها أموالٌ؛ لأنها تصلح لما يَحِلُّ من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل، فصار كالأمة المغنِّية.

وتجب قيمةُ هذه الأشياء غيرَ صالحةٍ للَّهو.

ـ ومَن غصب أمَّ ولد أو مدبَّرةً، فماتت في يده: ضمن قيمة المدبرة، ولم يضمن قيمة أم الولد، عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن قيمتَهما جميعاً؛ لأن مالية المدبَّرة متقوِّمة، بالاتفاق، بدليل أنها تسعىٰ للغرماء وللورثة، وأمُّ الولد في معناها؛ لأن الثابت لها حقُّ الحرية كالمدبرة.

---

(١) ٤/ ١٤.

(٢) قلتُ: إلا الدف.

. . . .

ولأبي حنيفة: أن المولىٰ لا يملك منها إلا المنافع، لا غيرَ، بدلالة أنها لا تسعىٰ بعد موته بحال، وأنها حرةٌ من جميع المال، والمنافعُ إذا تلفت: لا قيمة لها.

ـ ولو غصب صبياً حراً، فمرض، فمات في يده: فعند أبي حنيفة لا ضمان عليه.

ـ وإن لم يَمرض، ولم يمت، ولكن عَقَرَه سَبُعٌ، فقتله، أو نهشتْه حيةٌ، فمات: فعلىٰ عاقلة الغاصب الديةُ.

ـ وإن قتله رجلٌ في يد الغاصب خطأً: فإن للأولياء أن يتَّبعوا أيَّهما شاؤوا بالدية، فإن اتَّبعوا الغاصبَ: رجع علىٰ القاتل، وإن اتَّبعوا القاتلَ: لم يرجع علىٰ الغاصب، وكلُّ هذا الضمان علىٰ العاقلة.

ـ وإن قتله عمداً: كان أولياؤه بالخيار: إن شاؤوا قتلوا القاتل، وبرئ الغاصب، وإن شاؤوا اتَّبعوا الغاصبَ بالدية علىٰ عاقلته، وترجعُ عاقلة الغاصب في مال القاتل.

ـ ولو أن الصبيَّ هو الذي قتل رجلاً في يد الغاصب، فرده إلىٰ أبيه، فضمن عاقلةُ الصبي الديةَ: لم يكن لهم أن يرجعوا علىٰ الغاصب بشيء؛ لأن الصبيَّ لا يضمن باليد، فلا تضمن جنايتَه، وإنما يضمن الغاصب الجنايةَ عليه.

ـ ولو قتل الصبيُّ نفسَه، أو طرح نفسَه من دابةٍ: لا ضمان علىٰ

. . . .

الغاصب؛ لأنه هو الجاني علىٰ نفسه.

ـ قال أبو يوسف: فإن أصابتْه صاعقةٌ: ضمن الغاصب.

ـ وإن فتح رجلٌ بابَ قَفَصٍ، فطار منه طائرٌ: لم يضمن، إلا إذا نفَّره.

ـ وكذا إذا فتح بابَ دارٍ، فهرب منه العبدُ، أو حَلَّ قَيْد العبد، فهرب: لا يضمن، إلا أن يكون العبد مجنوناً.

ـ وعن محمد: في دابةٍ مربوطةٍ في مَرْبِض، فحلَّها رجلٌ، أو كانت في بيت، ففتح البابَ، فذهبت الدابةُ: قال: هو ضامنٌ.

ـ فإن حَلَّ رِباطَها رجلٌ، وفتح البابَ آخرُ: فالضمان علىٰ فاتح الباب.

ـ وقال في العبد إذا حلَّ قَيْدَه، أو فَتَحَ الباب عليه: فهرب: لا يضمن؛ لأن له اختياراً في نفسه، إلا أن يكون مجنوناً.

وقال أبو حنيفة: لا ضمانَ في جميع ذلك.

وقال الشافعي[1]: إن طار الطائرُ من فوره: ضمن، وإن طار بعد مُهلة: لا يضمن.

ـ وإن حَلَّ رِباط الزِّقِّ: فإن كان السمن الذي فيه ذائباً: ضمن، وإن كان جامداً: فذاب بالشمس: لم يضمن؛ لأنه سال بفعل الشمس، لا بفعله.

ـ قال في «الواقعات»: إذا استهلك لرجل ثوباً، فجاء إليه بقيمته، فقال: لا آخذها، ولا أجعلك في حِلٍّ: يُرفع الأمر إلىٰ الحاكم حتىٰ يُجبره

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٧٨.

. . . .

علىٰ القبول؛ لأن في ذلك حقَّ المستهلك، وهو براءةُ ذمته.

ـ فإن لم يرفعه إلىٰ الحاكم، ولكن وضعه في حِجْر صاحبه: برئ.

ـ وإن وضعه بين يديه: لا يبرأ.

ـ بخلاف الوديعة: فإنه يبرأ إذا وضعها بين يدي صاحبها.

ـ وكذلك عينُ المغصوب يبرأ بوضعه بين يديه.

والفرق: أن الواجب في قبض الدين حقيقة القبض؛ لتحقق المعاوضة، وفي الوديعة والغصب يتحقق الرد بالتخلية؛ لعدم المعاوضة.

ـ وطلبةُ العلم إذا كانوا في مجلس، ومعهم محابرُ، فكتب واحدٌ منهم من مَحبرَة غيره بغير إذنه: لا بأس به؛ لأنه مأذونٌ فيه دلالةً، إلا إذا عَلِمَ أنه لا يرضىٰ.

ـ **مسألة**: روىٰ عليُّ بن الجَعْد قال: سمعت عليَّ بن عاصم قال: سألتُ أبا حنيفة عن درهمٍ لرجل، ودرهمين لآخر اختلطوا، فضاع درهمان، وبقي درهمٌ من الثلاثة لا يُعرَف مِن أيِّها هو؟

فقال: الدرهم الباقي بينهما أثلاثاً.

فلقيتُ ابنَ شُبْرُمةَ، فسألته عنها، فقال أسألتَ عنها أحداً؟

قلت: نعم، سألت أبا حنيفة.

فقال: إنه قال لك: الدرهمُ الباقي بينهما أثلاثاً؟

. . . .

قلت: نعم.

قال: أخطأ أبو حنيفة؛ لأنا نقول: درهمٌ من الدرهمين الضائعين لصاحب الدرهمين بلا شك، والدرهم الثاني من الضائعين: يحتمل أنه الثاني من الدرهمين، ويحتمل أنه الدرهم الواحد، فالدرهم الباقي بينهما نصفان.

فاستحسنتُ جوابَه جداً، وعُدْتُ إلىٰ أبي حنيفة، وقلتُ له: خولفتَ في المسألة، فقال: ألقيَكَ ابنُ شُبْرُمة، وقال لك كذا وكذا، وذكر جوابَه بعينه؟

قلت: نعم.

قال: إن الثلاثة لما اختلطت: صارت شركةً بينهما، بحيث لا تتميز، فلصاحب الدرهمين ثُلُثا كلِّ درهمٍ، ولصاحب الدرهم ثلثُ كلِّ درهم، فأيُّ درهم ذَهَبَ: ذَهَبَ بحصته، فالدرهمُ الباقي بينهما أثلاثاً، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الوديعة

الوديعةُ أمانةٌ في يد المودَع، إذا هَلَكت في يده: لم يضمنها.

كتاب الوديعة

هي مشتقةٌ من: الوَدْع، وهو التَّرْك، قال الشاعرُ:

سَلْ أميري ما الذي غيَّرَه   عن وِصالي اليومَ حتىٰ وَدَعَه

أي: تَركَه.

وفي الشرع: عبارةٌ عن تَرْك الأعيان مع مَن هو أهلٌ للتصرُّف في الحفظ، مع بقائها علىٰ حكم مِلْك المالك.

ـ والفرقُ بين الوديعة والأمانة: أن الوديعة هي: الاستحفاظ قصداً، والأمانةَ هي: الشيءُ الذي وقع في يده من غير قصد، بأن ألقتِ الريحُ ثوباً في حِجْره.

والحُكم في الوديعة: أنه يَبرأ من الضمان إذا عاد إلىٰ الوِفاق، وفي الأمانة: لا يبرأ إلا بالأداء إلىٰ صاحبها.

* قال رحمه الله: (الوديعةُ أمانةٌ في يد المودَع، إذا هلكت: لم يضمنها)؛ لأن بالناس حاجةً إليها، فلو كانت مضمونةً؛ لامتنع الناس من قبولها، فتتعطل مصالحُهم.

وللمودَع أن يحفظَها بنفسه، وبمَن في عياله.

فإن حَفظَها بغيرهم، أو أَودعها : ضَمِن.

---

* قوله: (وللمودَع أن يَحفَظَها بنفسه، وبمَن في عياله)؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ إلا بهم، ولأنه لا يجد بُدًّا مِن دَفْعها إليهم؛ لأنه لا يمكنه ملازمةُ بيته، ولا استصحابُ الوديعة في خروجه.

والذي في عياله: هو الذي يَسكنُ معه، ويُجري عليه نفقتَه، من امرأته وولدِه وأجيرِه وعبدِه.

وفي «الفتاوىٰ»: هو مَن يُساكنُه، سواء كان في نفقته أوْ لا.

ـ ويُشترط في الأجير: أن يكون أجيراً مُشاهَرَةً، وطعامُه وكسوتُه علىٰ المستأجر.

فأما إذا كان أجيراً مياومةً، ويعطيه نفقتَه دراهمَ: فليس هو في عياله، فيضمنُ بالدفع إليه إذا هلكت عنده.

ـ وإن دفعها إلىٰ شريكه شركةَ عِنان أو مفاوضةٍ، أو إلىٰ عبدٍ له مأذونٍ، فضاعت: لم يضمن؛ لأن هؤلاء يَحفظون أموالَه، فيدُهم كيده.

* قوله: (فإن حفظها بغيرهم، أو أودعها: ضمن)؛ لأنه رضيَ بيده، لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمَّن مثلَه، كالوكيل لا يوكِّل غيرَه.

ـ والوضعُ في حِرز غيرِه: إيداعٌ، إلا إذا استأجر الحِرْزَ، فيكون حافظاً بحِرز نفسه.

. . . .

ـ وقولُه: فإن حفظها بغيرهم: يعني بأجرة.

ـ وقولُه: أو أودعها: يعني بغير أجرة، فإن أودعها، فضاعت في يد الثاني: فالضمان علىٰ الأول، وليس لصاحبها أن يُضمِّن الثاني عند أبي حنيفة.

وعندهما: هو بالخيار: إن شاء ضمَّن الأولَ، وإن شاء ضمَّن الثاني.

فإن ضمَّن الأولَ: لا يرجع علىٰ الثاني؛ لأنه مَلَكَه بالضمان، وظهر أنه أودع ملكَ نفسه، وإن ضمَّن الثاني: رجع علىٰ الأول؛ لأنه عاملٌ له، فيرجع عليه بما لَحِقَه من العُهدة.

لهما: أن المالك لم يرض بأمانة غيرِه، فيكون الأولُ متعدِّياً بالتسليم، والثاني متعدياً بالقبض، فيُخيَّر بينهما.

ولأبي حنيفة: أن قَبْضَ الثاني قبضُ الأول، وإذا تعلَّق الضمان علىٰ الأول بهذا القبض: لم يجب به ضمانٌ علىٰ الثاني؛ لأن قَبْضَ الواحد لا يوجَب علىٰ اثنين.

ـ وإن استهلكها الثاني: ضمن، إجماعاً، ويكون صاحبُها بالخيار: إن شاء ضمَّن الأولَ، أو الثاني، فإن ضمَّن الأولَ: رجع علىٰ الثاني، وإن ضمَّن الثاني: لا يرجع علىٰ الأول.

ـ وأجمعوا أن مودَع الغاصب يضمن إذا هلكت الوديعة في يده؛ لأن هناك قَبْضين مضمونَيْن، والمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمَّن الغاصبَ، ولا يرجع علىٰ المودَع، وإن شاء ضمَّن المودَع، ويرجع علىٰ الغاصب.

. . . .

ـ وكذا إذا غصب من الغاصب غاصبٌ آخرُ، فهلكت عند الثاني: فالمالك بالخيار: إن شاء ضمَّن الأولَ، وهو يرجع علىٰ الثاني، وإن شاء ضمَّن الثاني، وهو لا يرجع علىٰ الأول، وإنما يستقر حاصل الضمان علىٰ الثاني.

ـ وكذا إذا وهب المودَع الوديعةَ، أو أعارها، فهلكت عند الثاني؛ لأن هناك قبضين؛ لأن الموهوب له والمستعيرَ يقبضان لأنفسهما، فهو مخالفٌ للقبض الأول، فيكون المالكُ بالخيار في تضمين أيِّهما شاء.

ـ ومَن أودع صبياً وديعةً، فهلكت في يده: لا ضمان عليه، بالإجماع.

ـ فإن استهلكها: إن كان مأذوناً له في التجارة: ضمنها، إجماعاً.

وإن كان محجوراً عليه: إن قَبَضَها بإذن وليه: ضمن أيضاً، إجماعاً.

وإن قَبَضَها بغير إذن وليه: لا ضمان عليه عندهما، لا في الحال، ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف: يضمن في الحال.

ـ وإن أودعه عبداً، فقَتَلَه: ضَمِنَ، إجماعاً.

والفرق: أن الصبيَّ من عادته تضييعُ الأموال، فإذا سَلَّم إليه مع علمه بهذه العادة: فكأنه رضيَ بإتلافه، فلم يكن له تضمينه، وليس كذلك القتل؛ لأنه ليس من عادة الصبيان، فيضمنُه، وتكون قيمته علىٰ عاقلته.

ـ وإن جنىٰ عليه فيما دون النفس: كان أرشُه في مال الصبي.

ـ وإن أودع عند عبدٍ وديعةً، فهلكت عنده: لا ضمانَ عليه.

إلا أن يقع في داره حريقٌ، فيُسلِّمَها إلىٰ جاره.

أو يكونَ في سفينةٍ يَخافُ الغرقَ، فيُلقِيَها إلىٰ سفينةٍ أخرىٰ.

وإن استهلكها: إن كان مأذوناً أو محجوراً، وقَبَضَها بإذن مولاه: ضَمِنَها، إجماعاً، وتكون ديناً عليه إلىٰ بعد العتق.

وإن كان محجوراً، وقَبَضَها بغير إذن مولاه: لم يضمنها في الحال، ويضمنها بعد العتق إذا كان بالغاً عاقلاً عندهما.

وقال أبو يوسف: يضمنها في الحال، ويُباع فيها.

* قوله: (إلا أن يقع في داره حريقٌ، فيُسلِّمَها إلىٰ جاره، أو يكون في سفينة، فخاف الغَرَقَ، فيَنقلها[1] إلىٰ سفينةٍ أخرىٰ: لم يضمن).

لأن ذلك تعيَّن طريقاً للحفظ في هذه الحالة، ويرتضيه المالك.

ـ ولا يُصدَّق علىٰ ذلك إلا ببينةٍ؛ لأنه يدعي ضرورةً مسقِطةً للضمان، فصار كما إذا ادعىٰ الإذنَ في الإيداع.

ـ قال الحَلوانيُّ: إذا وقع في داره حريقٌ: فإن أمكنه أن يدفعها إلىٰ بعض عياله، فدفعها إلىٰ أجنبيٍّ: ضمن.

ـ وشَرَطَ الإمامُ خُوَاهَر زاده في الحريق الغالب: أن يُحيط بالوديعةَ، فإن لم يكن بهذه الصفة: ضمن. كذا في «المستصفىٰ».

---

(١) وفي نسخ القدوري: فيُلقيها.

وإن خَلَطَها المودَع بماله حتىٰ لا تتميَّزُ: ضَمِنَها.

---

* قوله: (فإن خَلَطَها المودَعُ بماله حتىٰ صارت لا تتميَّز: ضمنها)؛ لأنه استهلاكٌ.

- ثم لا سبيلَ للمودِعِ عليها عند أبي حنيفة.

وعندهما: إذا خَلَطَها بجنسها: صارت شركةً إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، أو السودَ بالسود، أو الحنطةَ بالحنطة، أو الشعيرَ بالشعير.

لهما: أنه لا يمكنه الوصولُ إلىٰ عين حقِّه صورةً، وأمكنه معنىً بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجهٍ، دون وجه، فيَميل إلىٰ أيهما شاء.

وله: أنه استهلاكٌ من كل وجهٍ؛ لأنه يتعذر الوصول إلىٰ عين حقِّه.

- ولو أبرأ الخالط: لا سبيلَ له علىٰ المخلوط عند أبي حنيفة؛ لأنه لا حقَّ له إلا في الدين، وقد سقط.

وعندهما: بالإبراء سقط خِيرةُ الضمان، فتتعيَّن الشركةُ في المخلوط.

- وخَلْطُ الخلِّ بالزيت، وكلِّ مائعٍ بغير جنسه: يوجبُ انقطاعَ حقِّ المالك إلىٰ الضمان، بالإجماع.

- وكذا خَلْطُ الحنطة بالشعير، في الصحيح؛ لأن أحدهما لا يخلو من حبَّات الآخر، فيتعذر التمييزُ والقسمة.

- ولو خَلَطَ المائعَ بجنسه: ينقطع حقُّ المالك إلىٰ الضمان عند أبي حنيفة.

فإن طَلَبَها صاحبُها، فحَبَسَها عنه، وهو يقدر علىٰ تسليمها : ضَمِنَها.

وإن اختلطت بماله من غير فِعْله : فهو شريكٌ لصاحبها.

وإن أنفق المودَعُ بعضَها، وهلك الباقي : ضمن ذلك القدر.

وعند أبي يوسف: يُجعَل الأقلُّ تَبَعاً للأكثر.

وعند محمد: شركةٌ بكل حال.

ـ وقد قالوا: لا يسع الخالط أكلُه، حتىٰ يؤدي مثلَه إلىٰ صاحبه.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه مَلَكَه من وجهٍ محظور.

وأما عندهما: فلأن العين باقيةٌ علىٰ مِلك صاحبها.

* قوله: (فإن طلبها صاحبُها، فحَبَسَها عنه وهو يقدر علىٰ تسليمها: ضمنها)؛ لأنه إذا طلبها: فقد عَزَلَه عن الحفظ، فإذا أمسكها بعد ذلك: كان غاصباً، مانعاً له، فيضمنها؛ لكونه متعدياً بالمنع.

ـ وأما إذا لم يقدر علىٰ تسليمها، بأن يكون في موضعٍ ناءٍ، لا يقدر في الحال علىٰ ردِّها: لا يضمنها؛ لأنه غيرُ قادرٍ علىٰ الرد.

* قوله: (وإن اختلطت بماله من غير فعله: فهو شريكٌ لصاحبها).

كما إذا انشقَّ الكِيسان، فاختلطا؛ لعدم الصُّنْع منه، فيشتركان فيه، وهذا بالاتفاق.

وإن أنفق المودَعُ بعضَها، ثم ردَّ مثلَه، فخلطه بالباقي، فتلفت: ضمن الجميعَ.

وإذا تعدَّىٰ المودَعُ في الوديعة، بأن كانت دابةً فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ثم أزال التعدي، وردَّها إلىٰ يده: زال الضمان.

---

* قوله: (وإن أنفق المودَعُ بعضَها، ثم ردَّ مثلَه[1]، فخَلَطَه بالباقي: ضَمِن الجميعَ)؛ لأنه جُعل متلِفاً لها بإنفاق بعضِها، وخَلْطِ باقيها بماله؛ لأن المثل الذي دَفَعَه هو مالُه، والخَلْطُ: بمعنىٰ الاستهلاك.

ـ وإن أخذ بعضَها ليُنفقَه، ثم بدا له، فردَّه، ووَضَعَه في موضعه، فضاع: لا يضمن؛ لأن النيةَ من غير فعلٍ: لا توجِب الضمان.

ـ وقوله: فخَلَطَه بالباقي: إنما ذَكَرَ الخَلْطَ: احترازاً عما إذا هلك الباقي قبل الخلط: فإنه يَهلك أمانةً، أما إذا خَلَطَه بالباقي: صار متعدياً. كذا في «الينابيع».

* قوله: (وإذا تعدَّىٰ المودَعُ في الوديعة، بأن كانت دابةً، فركِبَها، أو ثوباً، فلَبِسَه، أو عبداً، فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ثم أزال التعدي، وردَّها إلىٰ يده: زال الضمان).

---

(١) وفي نسخة القدوري ١٣٠٩هـ زيادةٌ قبل هذه الجملة، كما يلي: «وإن أنفق المودَعُ بعضَها، وهلك الباقي: ضمن ذلك القدرَ، وإن أنفق المودَع بعضَها، ثم ردَّ مثله، فخَلَطَه بالباقي، فتلفت: ضمن الجميعَ».

فإن طلبها صاحبُها، فجَحَدَه إياها : ضمنها .

وقال الشافعي[1]: لا يبرأ؛ لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، فلا يبرأ إلا بالردِّ علىٰ المالك.

ولنا: أن أَمْره بالحفظ عامٌّ في سائر الأوقات، والأمر لا يَبطل بالتعدي؛ بدلالة أن مَن وكَّل رجلاً ببيع عبدِه، فشجَّه الوكيل شجةً، أو ضربه ضربةً، ثم باعه: صحَّ بيعُه بالأمر المتقدم.

ـ وهذا إذا كان الركوبُ والاستخدامُ واللُّبْسُ لم يُنقصها، أما إذا نَقَصَها: ضمنها.

ـ وأما المستعير إذا تعدىٰ، ثم أزال التعدي: لا يبرأ من الضمان، إلا بالردِّ إلىٰ المالك.

* قوله: (وإن طلبها صاحبُها، فجَحَدَه إياها: ضمنها)؛ لأنه لما طالبه بالرد: فقد عَزَلَه عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصبٌ مانعٌ، فيضمن.

ـ وفيه إشارةٌ إلىٰ أنه لو جَحَدَها عند غير المالك: لم يضمن.

ـ وإن جَحَدَها بحضرة المودِع، أو بحضرة وكيله: ضمنها.

ـ وإن جَحَدَها عند غيرهما: لم يضمن عند أبي يوسف.

وقال زفر: يضمن.

---

(١) كنز الراغبين ٣/١٨٦.

فإن عاد إلىٰ الاعتراف: لم يبرأ من الضمان.

وللمودَع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حَمْلٌ ومُؤْنةٌ.

ـ قال في «الينابيع»: وبقول أبي يوسف نأخذ؛ لأن الإنسان قد يُخفي وديعتَه، فجحودُه في هذا الموضع: من باب الحفظ؛ لأن فيه قطعَ طَمَعِ الطامعِين.

* قوله: (فإن عاد إلىٰ الاعتراف: لم يبرأ من الضمان)؛ لأنه لمَّا جَحَدَها: حُكِم له فيها بالملك؛ لثبوت يده عليها؛ لأن كل مَن في يده شيءٌ: فالظاهر أنه له، فإذا اعترف به لغيره بعد هلاكه: لزمه ضمانه.

ـ وإن طلب الوديعةَ صاحبُها، فقال المودَعُ: قمتُ، فنسيتُها، فضاعت: ضمن.

وإن قال: سقطتْ مني: لا يضمن.

وإن قال: أسقطتُها: ضمن.

* قوله: (وللمودَع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حَمْلٌ ومؤنةٌ) عند أبي حنيفة.

ـ هذا إذا كان الطريق آمناً، أما إذا كان مَخُوفاً: يضمن، إجماعاً.

ـ وكذا إذا كان الطريق آمناً، ونهاه صاحبُها عن السفر بها، فسافر بها: يضمن؛ لأن التقييد مفيدٌ؛ لأن الحفظ في المصر أبلغ، إلا أن يضطر إلىٰ ذلك، بأن قَصَدَ السلطانُ أَخْذَها.

. . . .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إذا كان لها حَمْلٌ ومؤنةٌ: لم يسافر بها، فإن سافر بها: ضمن؛ لأنه يلزم المالك أجرة النقل من بلد إلىٰ بلد، والظاهر أنه لا يرضىٰ بذلك.

ولأبي حنيفة: إطلاق الأمر بالحفظ، والمفازة محلٌّ للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا يملكه الأبُ والوصيُّ في مال الصبي.

ولأن الإنسان لا يلتزم الوديعةَ ليترك أشغالَه، والسفرُ من أشغاله، فلا تمنعُه الوديعةُ من ذلك.

قال صاحبُ المنظومة[1]:

لا يضمن المودَع بالمسافَرَة   عند انعدام النهي والمخاطرَة
ويَجعلان هذه مضمونَة   في كل ما لحَمْله مؤنة

ـ قيَّد بانعدام النهي والمخاطرة؛ لأنه إذا نهاه، فخرج بها: يضمن، إجماعاً، وكذا إذا كان الطريق مخوفاً.

ـ وأما إذا لم يكن لها حَمْلٌ، ولا مؤنة: لا يضمن بالمسافرة، إجماعاً.

ـ والذي له حَمْلٌ ومؤنةٌ هو: ما كان يُحتاج في حَمْله إلىٰ ظَهْرٍ، أو أجرة حمَّال.

---

(١) منظومة النسفي ص١٤٨.

وإن أَودع رجلان عند رجل وديعةً، ثم حضر أحدُهما، فطلب نصيبَه منها: لم يَدفع إليه شيئاً حتىٰ يَحضُرَ الآخرُ عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع إليه نصيبَه.

وإن أَودَع رجلٌ عند رجلين شيئاً مما يُقْسَم: لم يجز أن يدفعه أحدُهما إلىٰ الآخر، ولكنهما يقتسمانه، فيحفظُ كلٌّ واحدٍ منهما نصفَه.

وإن كان مما لا يُقسَم: جاز أن يحفظه أحدُهما بإذن الآخر.

---

* قوله: (وإذا أودع رجلان عند رجلٍ وديعةً، ثم حضر أحدُهما فطلب نصيبَه منها: لم يَدفع إليه شيئاً منها حتىٰ يحضُرَ الآخرُ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يَدفع إليه نصيبَه).

والخلاف في المكيل والموزون.

لهما: أنه طالَبَه بدفع نصيبه، فيؤمر بالدفع إليه، كما في الدين المشترك، ولأنه يُطالبه بتسليم ما سَلَّم إليه، وهو النصف.

ولأبي حنيفة: أنه يُطالبه بدفع نصيب الغائب؛ لأنه يطالبه بالمُفرَز، وحقُّه في المُشاع، والمفرَزُ المعيَّن يشتمل علىٰ الحقَّيْن، ولا يتميز حقُّه إلا بالقسمة، وليس للمودَع ولاية القسمة، بخلاف الدين المشترك؛ لأنه يُطالبه بتسليم حقه إليه؛ لأن الديون تُقضىٰ بأمثالها.

* قوله: (وإن أودع رجلٌ عند رجلين شيئاً مما يُقسَم: لم يجز أن يدفعه أحدُهما إلىٰ الآخر، ولكنهما يقتسمانه، ويَحفظُ كلٌّ واحدٍ منهما نصفه، وإن كان مما لا يُقسَم: جاز أن يحفظه أحدُهما بإذن صاحبه).

وإذا قال صاحبُ الوديعة للمودَع : لا تسلِّمْها إلىٰ زوجتك، فسلَّمَها إليها : لم يَضمَن.

وإن قال له : احفَظْها في هذا البيت، فحفظها في بيتٍ آخر من الدار : لم يضمن.

وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين جميعاً؛ لأنه رضيَ بأمانتهما، فكان لكل واحدٍ منهما أن يسلِّم إلىٰ الآخر، كما في ما لا يُقسم.

ولأبي حنيفة: أنه رضيَ بحفظهما، ولم يرضَ بحفظ أحدهما، فوقع التسليم إلىٰ الآخر بغير رضا المالك، فيَضمن الدافع، ولا يَضمن القابض؛ لأن مودَع المودَع عنده لا يضمن.

* قوله: (وإذا قال صاحب الوديعة للمودَع: لا تسلِّمْها إلىٰ زوجتك، فسلَّمها إليها: لم يضمن).

لأنه لا بدَّ له من التسليم إليها، فنهيُه لا يؤثِّر، كما إذا قال: لا تحفظها بنفسك، ولا في صندوقك.

ـ وهذا إذا لم تكن له امرأةٌ سوىٰ التي نهاه عن الدفع إليها، والوديعة مما يُحفظ علىٰ أيدي النساء. كذا في «المستصفىٰ».

* قوله: (وإن قال له: احفَظْها في هذا البيت، فحَفِظَها في بيتٍ آخر من تلك الدار: لم يضمن)؛ لأن البيتين في دارٍ واحدة لا يتفاوتان في الحِرْز.

وإن حفظها في دارٍ أخرىٰ: ضمن.

ـ وهذا إذا لم يكن البيتُ الذي حَفِظَها فيه أنقصَ حِرْزاً من البيت الذي أَمَرَه بالحفظ فيه، أما إذا كان البيتُ الثاني أنقصَ حِرْزاً: ضمن. كذا في «الينابيع».

* قوله: (وإن حَفَظَها في دارٍ أخرىٰ: ضَمِنَ)؛ لأن حُكْم الدارين مختلِفٌ في الحِرز والحفظ، وأما إذا تساويا في الحِرز، أو كانت الثانيةُ أحرزَ: لا يضمن.

* **مسائل:**

ـ المودَعُ إذا وَضَعَ الوديعةَ في الدار، فخرج والبابُ مفتوحٌ، فجاء سارقٌ، فأخذها: إن لم يكن في الدار أحدٌ: ضمن؛ لأن هذا تضييعٌ.

ـ الدابةُ الوديعةُ إذا أصابها مرضٌ أو جرحٌ، فأَمَرَ المودَعُ إنساناً يعالجُها، فعطبت: فصاحبُها بالخيار: إن شاء ضمَّن المودَعَ، أو المعالِجَ.

فإن ضمَّن المودَعَ: لا يرجع علىٰ أحد.

وإن ضمَّن المعالِجَ: إن عَلِم أنها ليست له: لا يرجع عليه، وإن لم يعلم أنها لغيره، أو ظنَّها له: رجع عليه.

ـ المودَعُ إذا خاف علىٰ الوديعة الفسادَ: إن كان في البلد قاضٍ: رفع أمرَها إليه، واستأذنه في بيعها، وإن لم يكن في البلد قاضٍ: باعها، وحَفِظَ ثمنَها لصاحبها.

ـ وعلىٰ هذا اللقطة.

. . . .

ـ رجلٌ غاب عن منزله، وتَرَكَ امرأتَه فيه، وفيه وديعةٌ، فلمَّا رجع: لم يجد الوديعةَ: إن كانت امرأتُه أمينةً: لم يضمن، وإن كانت غيرَ أمينة: ضمن.

ـ قال في «الواقعات»: سُوْقيٌّ قام من حانوته إلىٰ الصلاة، وفيه ودائعُ للناس، فضاعت: لا ضمانَ عليه؛ لأنه غيرُ مضيِّع لما في حانوته؛ لأن جيرانَه يحفظونه.

ـ رجلٌ دفع إلىٰ آخر شيئاً ليَنثُره في عُرسٍ: إن كان دراهمَ: ليس له أن يَحبِس منها شيئاً لنفسه.

ولا له أن يدفعَه إلىٰ غيره ليَنثره.

ولو نَثَرَ بنفسه: ليس له أن يَلتقط منه.

ـ وإن كان سُكَّراً: له أن يدفعه إلىٰ غيره لينثره.

وله أن يلتقط منه.

وليس له أن يَحبِس منه شيئاً لنفسه. كذا في «الواقعات».

ـ رجلٌ أودع رجلاً زِنْبيلاً فيه آلاتُ النجَّارين، ثم جاء يستردُّه، وادعىٰ أنه كان فيه قَدُوماً، فذهبتْ منه، وقال المودَع: قبضتُ منك الزنبيلَ ولا أدري ما فيه: لا ضمان عليه.

ـ وهل تجب عليه اليمين؟ قالوا: لا تجب عليه؛ لأنه لم يدَّع عليه صُنْعاً.

. . . .

ـ وكذا إذا أُودِع دراهمَ في كِيْسٍ، ولم يزنها علىٰ المودَع، ثم ادعىٰ أنها كانت أكثر من ذلك: فلا يمين عليه، إلا أن يدعيَ عليه الفعل، وهو التضييع، أو الخيانة.

ـ المودَعُ إذا قال: ذهبتِ الوديعةُ من منزلي، ولم يذهبْ من مالي شيءٌ: يُقبل قولُه مع يمينه، خلافاً لمالكٍ[1]؛ لأنه أمينٌ.

ـ غريبٌ مات في دار رجلٍ، وليس له وارثٌ معروف، وخلَّف شيئاً يسيراً يساوي خمسة دراهم ونحوها، وصاحب الدار فقيرٌ: فله أن يأخذها لنفسه؛ لأنه في معنىٰ اللقطة، والله أعلم.

* * * * *

(١) جواهر الإكليل ٢/ ١٤٠.

كتاب العارِيَّة

كتاب العارية

هي مشتَّقةٌ من: العَرِيَّة، وهي العَطيَّة.

وقيل: منسوبةٌ إلىٰ العار؛ لأن طلبَها عارٌ وشَنَارٌ.

فعلىٰ هذا: يقال: العاريَّة: بالتشديد؛ لأن ياءَ النسب مشددة، والعارَةُ: لغةٌ في العارية.

قال الحريريُّ:

حتىٰ إن بَزَّتي هذه عارَةٌ وبيتي لا تطوف به فارَةٌ

أي لا تدور.

ـ وفي الشرع: عبارةٌ عن تمليك المنافع بغير عوض.

ـ وسُمِّيت عارية: لتعرِّيها عن العوض.

ـ ومن شرطها: أن تكون العين قابلةً للانتفاع بها، مع بقاء عينها، حتىٰ لا تكون عاريةُ الدراهم والدنانير والفلوس إلا قرضاً.

ـ والعاريةُ: غيرُ لازمة، حتىٰ إن للمعير أن يرجع فيها متىٰ شاء، وتبطلُ بموت أحدهما.

العاريَّةُ جائزةٌ، وهي تمليكُ المنافع بغير عِوَض.

وتصحُّ بقوله: أعرتُكَ، و: أطعمتُكَ هذه الأرضَ، و: منحتُكَ هذا الثوبَ، و: حَمَلْتُكَ علىٰ هذه الدابة إذا لم يُرِدْ به الهبةَ، و: أخدمتُكَ هذا العبدَ، و: داري لكَ سُكنىٰ، و: داري لكَ عُمُري سُكنىٰ.

---

* قال رحمه الله: (العاريةُ: جائزةٌ): أي مفيدةٌ لملك المنفعة؛ لأنها نوعُ إحسانٍ، وفعلُ خيرٍ.

* قوله: (وهي: تمليكُ المنافع بغير عوض).

وهذا قول أبي بكرٍ الرازي، وعامة أصحابنا.

وقال الكرخي: هي إباحةُ المنافع بملك الغير.

والأول أصح، ووجهُه: أن المستعير يَملك أن يُعير، ولو كانت إباحةً: لم يجز له أن يعيرها، كمَن أُبيح له طعامٌ: لم يجز له أن يُبيحَه لغيره.

وجه قول الكرخي: أنها لو كانت تمليكاً: لجاز له أن يؤجرها، كما قلنا في الإجارة، لمَّا كانت تمليكاً للمنافع: جاز للمستأجر أن يؤجرها.

قلنا: امتناع إجارة العارية ليس لأنه لا يملك المنفعة، لكنَّ المعنىٰ: أن المعير ملَّكه المنافعَ علىٰ وجهٍ لا يَنقطع حقُّه عنها متىٰ شاء، فلو جاز له أن يؤجِّر: لتعلَّق بالإجارة الاستحقاقُ، فقَطَعَ حقَّ المعير منها، فلهذا المعنىٰ لم تجز إجارتُها.

* قوله: (وتصح بقوله: أعرتُك، و: أطعمتُك هذه الأرض، و: منحتُك هذا الثوبَ، و: حملتُك علىٰ هذه الدابة إذا لم يُرِد به الهبةَ، و: أخدمتُك هذا العبدَ، و: داري لك سُكنىٰ، و: داري لك عُمُري سُكْنىٰ).

. . . .

ـ أما قوله: أعرتُك: فهو صريحُ العارية.

وأطعمتُك هذه الأرض عاريةً: أيضاً؛ لأنها لا تُطعم، فعُلم أنه أراد المنفعةَ، ولهذا لو قال: أطعمتُك هذا الطعام: كان إباحةً للعين.

ـ وقوله: منحتُك هذا الثوب: عبارةٌ عن العارية، قال عليه الصلاة والسلام: «المِنْحةُ مردودة»[1].

ولو كانت تقتضي ملكَ العين: لم يجب ردُّها.

المِنحة: بكسر الميم: العطية، يقال: مَنَحَه: يَمنِحُه، ويَمنَحُه: بكسر النون وفتحها: إذا أعطاه شيئاً. كذا في «الصِّحَاح».

ـ وقوله: عُمُري سُكنىٰ: بيانٌ للمنفعة، وتوقيتها بعُمُره؛ لأنه جعل له سكناها مدةَ عمره.

ـ وقوله: إذا لم يُرِد به الهبة: راجعٌ إلىٰ: منحتك، وحملتك.

فإذا كان كذلك: كان ينبغي أن يقول: بهما، إلا أنه أراد كلَّ واحدٍ منهما، كما في قوله تعالىٰ: ﴿عَوَانٌۢ بَيْنَ ذَٰلِكَ﴾. البقرة/٦٨، ولم يقل: بين ذلكما.

ـ وقوله: وأخدمتُك هذا العبد: صريحٌ في تمليك المنفعة؛ لأنه أَذِنَ له

(١) سنن أبي داود (٣٥٦٢)، سنن الترمذي (١٢٦٥)، وقال: حديث حسن، وينظر نصب الراية ٤/١١٨.

وللمُعِير أن يرجع في العارية متىٰ شاء.

والعاريةُ أمانةٌ في يد المستعير، إن هلكت من غير تَعدٍّ: لم يضمن.

في استخدامه.

ـ وقوله: وداري لك سُكنىٰ: أي سكناها لك.

* قوله: (وللمعير أن يَرجع في العارية متىٰ شاء)؛ لأنها تمليكُ المنافع، وهي تحدُث حالاً فحالاً، فما لم يوجد منها شيءٌ: لم يتصل به قبضٌ، فللمعير أن يرجع فيه.

* قوله: (والعارية أمانةٌ، إن هلكتْ من غير تعدٍّ: لم يضمن).

قال عليه الصلاة والسلام: «ليس علىٰ المستعير غيرِ المُغِلِّ[1] ضمانٌ»[2].

ـ فإن شُرِطَ فيها الضمانُ: كانت مضمونةً بالشرط؛ «لقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية حين استعار منه أَدْرُعاً، وقال له صفوان: أغَصْباً

---

(١) المُغِلُّ: من: الإغلال، وهو الخيانة، أي غير الخائن. البناية ١٢/٤٣٦.

(٢) سنن الدارقطني ٣/٤١، وقال: عمرو وعبيدة: ضعيفان، وإنما يُروىٰ عن شريح القاضي غير مرفوع. اهـ، ونقل كلامَه الزيلعي في نصب الراية ٤/١١٥، وسكت، ،وكذلك العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٢/٤٢٥، وينظر لقول شريح مصنف عبد الرزاق (١٤٧٨٢)، وسنن البيهقي ٦/١٤٩، في حين أن العيني في البناية ١٢/٤٣٥ دافع عن الحديث، وردَّ علىٰ الدارقطني بأن تضعيفه للراويين جرحٌ مبهمٌ، فلا يُقبل، وأتىٰ له بشاهد يقوِّيه، وقال: والعجبُ من شرَّاح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث. اهـ

. . . .

تأخذُها يا محمد؟ فقال: بل عاريةٌ مضمونةٌ»[(١)]، فأخذها بشرط الضمان.

وفي «الينابيع»: لو قال: أعِرْني دابتَك أو ثوبَك، فإن ضاع فأنا ضامنٌ له: فالشرط لغوٌ، ولا يضمن.

ـ وأما الوديعةُ والإجارة: لا يُضمنان أبداً ولو شُرِط فيهما الضمان، وإنما يُضمنان بالتعدي. كذا في «الكرخي».

ـ وقوله: من غير تعدٍّ: إنما قال ذلك؛ لأنه إذا تعدىٰ: ضمن؛ لأن للتعدي تأثيراً؛ بدليل أنه لو حصل في الوديعة: ضمنها.

ـ فعلىٰ هذا: إذا استعار دابةً إلىٰ موضعٍ سمَّاه، فجاوز بها ذلك الموضعَ، فعطبت: ضمن قيمتَها؛ لأن الإذنَ لم يتناول ذلك الموضع، فصار بركوبه فيه غاصباً، فلهذا ضمن.

فإذا رجع بها إلىٰ الموضع الذي استعارها إليه، فعطبت: لم يبرأ من الضمان.

وقال زفر: يبرأ، اعتباراً بالوديعة إذا تعدىٰ فيها المودَعُ، ثم أزال التعدي.

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٥٧)، سنن النسائي الكبرىٰ (٥٧٤٧)، المستدرك للحاكم ٢/٤٧، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر نصب الراية ٤/١١٦، التلخيص الحبير ٣/٥٢، البدر المنير ١٧/٢٦٩ تحفة المحتاج لابن الملقن ٢/٢٧٧، فقد قوَّوْه بطرقه.

وليس للمستعير أن يؤآجر ما استعاره، ولا أن يَرْهنَه.

فإن آجره، فهلك: ضمن.

وله أن يُعيره إن كان المستعار مما لا يَختلف باختلاف المستعمِل.

ولنا: أنه قد لزمه الضمان بالتعدي، فلا يبرأ من ذلك إلا بالردِّ علىٰ صاحبها، كالغاصب.

* قوله: (وليس للمستعير أن يُؤجِّر ما استعاره، فإن آجرَه، فعَطِب: ضمن)؛ لأن الإعارة دون الإجارة، والشيءُ لا يتضمن ما فوقه، ولأن مقتضىٰ العارية: الرجوعُ، وتعلُّقُ حقِّ المستأجر بها يمنع ذلك، فلهذا لم يجز.

- فإن آجرها: ضَمِنَ حين سلَّمها، وإن شاء المعيرُ ضمَّن المستأجرَ؛ لأنه قَبَضَها بغير إذن المالك.

ثم إن ضمَّن المستعيرَ: لا يرجع علىٰ المستأجر؛ لأنه ظَهَرَ أنه آجر ملكَه.

وإن ضمَّن المستأجرَ: رجع علىٰ المؤجر إذا لم يَعلم أنه عاريةٌ في يده؛ دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا عَلِمَ.

* قوله: (وله أن يُعيره إذا كان المُستعار مما لا يَختلف باختلاف المستعمِل)؛ لأن العارية تمليكُ المنافع، وإذا كانت تمليكاً: فمَن مَلَكَ شيئاً: جاز له أن يُملِّكَه علىٰ حسب ما مَلَكَ.

وعاريةُ الدراهمِ، والدنانيرِ، والمكيلِ، والموزونِ: قَرْضٌ.

ـ وإنما شَرَطَ أن لا يَختلف باختلاف المستعمِل؛ دفعاً لمزيد الضرر عن المعير؛ لأنه رضيَ باستعماله، لا باستعمال غيره.

ـ وإنما يجوز له أن يُعير إذا صدرت مطلَقةً، بأن استعار دابةً، ولم يُسمِّ له شيئاً، فإن له أن يَحمل، ويُعيرَ غيرَه للحمل، وله أن يركب، ويُركِب غيرَه؛ لأنه لمَّا أطلق: فله أن يُعير.

ـ حتىٰ لو ركب بنفسه: ليس له أن يُركِبَ غيرَه؛ لأنه تعيَّن ركوبُه.

ـ ولو أركب غيرَه: ليس له أن يَركب بنفسه، حتىٰ لو فَعَلَه: ضمن؛ لأنه قد تعيَّن الإركاب.

ـ فأما إذا استعارها ليركبها هو، أو استعار ثوباً ليلبسَه هو، فأركبها غيرَه، أو ألبسه غيرَه، فتلف: ضمن؛ لأنها مقيَّدةٌ هنا بركوبه ولُبْسه.

ـ وإن استعار داراً ليسكنَها هو، فأعارها غيرَه، فسكنها: لم يضمن؛ لأن الدُّور لا تختلف باختلاف المستعمِل.

* قوله: (وعاريةُ الدراهم والدنانيرِ والمكيلِ والموزونِ: قَرْضٌ).

لأن الإعارة تمليكُ المنافع، وهذه الأشياء لا يُنتفع بها إلا باستهلاك أعيانها.

ـ وكذا المعدودُ الذي لا يَتفاوت، كالجَوْز والبيض؛ لأنه لا يُنتفع به إلا باستهلاك عَيْنه.

وإذا استعار أرضاً ليبنيَ فيها، أو يغرس نخلاً: جاز.

وللمعير أن يرجع فيها، ويكلِّفَه قَلْعَ البناء، والغرس.

فإن لم يكن وقَّت العاريةَ: فلا ضمان عليه.

وإن كان وقَّت العاريةَ، فرجع قبل الوقت: ضمن المعيرُ للمستعير ما نَقَصَ البناءُ والغرسُ بالقلع.

ـ وإنما تكون عاريةُ الدراهم والدنانير قرضاً: إذا أطلق العاريةَ، أما إذا استعارها ليعاير بها ميزاناً، أو يُزيِّن بها دكاناً: كانت عاريةً، لا قرضاً، فإن هلكت من غير تعدٍّ: لا ضمان عليه.

* قوله: (وإذا استعار أرضاً ليبنيَ فيها، أو ليَغرس فيها نخلاً: جاز، وللمعير أن يرجع فيها، ويُكلِّفَه قلعَ البناء والغرس)؛ لأن العارية توجب الاسترجاع، فيُكلَّف بتفريغها.

* قوله: (فإن لم يوقِّت العاريةَ: فلا ضمانَ عليه).

يعني في نقصان البناء والغرس ؛ لأن المستعير مُغْترٌّ، غيرُ مغرور، حيث اغترَّ بإطلاق العقد من غير أن يستوثِق منه بالوعد؛ لأنه رضيَ بالعارية من غير توقيت، فلم يكن مغروراً، والرجوعُ إنما يجب بالغرور.

* قوله: (وإن وقَّت العاريةَ، فرجع قبل الوقت: ضمن المعيرُ للمستعير ما نقص البناءُ والغرسُ بالقلع)؛ لأنه غرَّه بتوقيت المدة.

ـ قال في «الهداية»[(١)]: إذا وقَّت العاريةَ، ورجع قبل الوقت: صح

---

(١) ٣/ ٢٢.

وأجرةُ ردِّ العارية علىٰ المستعير.

رجوعُه، ولكنه يُكره؛ لما فيه من خُلْف الوعد.

ويَضمن المعيرُ ما نقص البناءُ والغرس بالقلع؛ لأنه غرَّه؛ حيث وقَّت له، والظاهرُ هو الوفاء بالوعد، فيرجع عليه.

ـ وقال الحاكم الشهيد: إنه يَضمن صاحبُ الأرض للمستعير قيمةَ غرسه وبنائه، ويكونان له، إلا أن يشاء المستعيرُ أن يرفعَهما، ولا يضمنه قيمتَهما، فيكون له ذلك؛ لأنه ملكُه.

وقالوا: إذا كان في القلع ضررٌ بالأرض: فالخيار إلىٰ صاحب الأرض؛ لأنه صاحبُ أصلٍ، والمستعير صاحبُ تَبَعٍ، والترجيحُ بالأصل.

ـ وإن استعارها ليزرعها: لم تؤخذ منه حتىٰ يحصدَ الزرعَ، وقَّت أو لم يوقِّت؛ لأن للزرع نهايةً معلومة، فيُترك إلىٰ أن يَستحصد.

ـ وإنما يُترك بأجرة المثل؛ حتىٰ لا يتضرَّر المعيرُ؛ مراعاةً للحقَّيْن، وليس كذلك الغرسُ؛ لأنه لا نهايةَ له.

* قوله: (وأجرةُ ردِّ العاريةِ علىٰ المستعير)؛ لأن الردَّ واجبٌ عليه؛ لأنه قَبَضَه لمنفعة نفسه.

وفي الوديعة: مؤنةُ الردِّ علىٰ صاحبها.

وفي الرهن: مؤنةُ ردِّ الرهن علىٰ المرتهن.

ـ ونفقة المستعار علىٰ المستعير، وعَلَفُ الدابة المستعارَة: علىٰ المستعير، والكسوةُ: علىٰ المعير.

وأجرةُ ردِّ العين المستأجرة علىٰ المُؤْجِر.

وأجرةُ ردِّ العين المغصوبة علىٰ الغاصب.

وأجرةُ ردِّ العين المودَعة علىٰ المودِع.

وإذا استعار دابةً، فردَّها إلىٰ إصطبلِ مالكها، فهلكت: لم يضمن.

ـ ولو استعار عبداً للخدمة: فعليه نفقتُه.

ـ وإن أعاره مولاه: فنفقتُه علىٰ المولىٰ.

ـ فالاستعارة أن يقول: أعِرْني عبدَك، والإعارةُ أن يقول المولىٰ: خذ عبدي، واستخدِمْه، من غير طلبٍ من المستعير.

* قوله: (وأجرةُ ردِّ العين المستأجرة علىٰ المؤجِر)؛ لأن الواجب علىٰ المستأجر التمكينُ والتخليةُ، دون الرد، فإن منفعةَ قبضِه سالمةً[1] للمؤجر معنىً.

* قوله: (وأجرة ردِّ العين المغصوبة علىٰ الغاصب)؛ لأن الواجب عليه الردُّ والإعادةُ إلىٰ يد المالك؛ لأنه نَقَلَها من مالكها غصباً.

* قوله: (وأجرةُ ردِّ العين المودَعة علىٰ المودِع، وإذا استعار دابةً، فردَّها إلىٰ إصطبل مالكها، فهلكت: لم يضمن)، وهذا استحسانٌ؛ لأن إصطبله: يدُه.

ـ ولو ردَّها إلىٰ المالك: فالمالك يردُّها إلىٰ الإصطبل، ولأنه أتىٰ بالتسليم المتعارَف.

---

(١) هكذا في نسخ الجوهرة، لكن جاء في السراج الوهاج: لأنه قَبَضَ منفعةً سالمةً للمؤجر معنىً، فلا يكون عليه مؤنة رده. اهـ

وإن استعار عيناً فردَّها إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمها إليه : ضَمِن.

وفي القياس: يضمن؛ لأنه لم يردَّها إلىٰ مالكها، ولا إلىٰ وكيله، فكان مضيِّعاً لها.

ـ ومَن استعار دابةً، فردَّها مع عبده أو أجيره: لم يضمن.

والمراد بالأجير: أن يكون مسانَهةً أو مشاهرةً، بخلاف الأجير مياومةً؛ لأنه ليس في عياله.

ـ وكذا إذا ردَّها مع عبد صاحب الدابة، أو أجيره: لم يضمن؛ لأن المالك يرضىٰ به، ألا ترىٰ أنه إذا ردَّها إليه: فهو يرده إلىٰ عبده.

وقيل: هذا في العبد الذي يقوم علىٰ الدواب.

وقيل: فيه، وفي غيره، وهو الأصح.

ـ فإن ردَّها مع أجنبيٍّ: ضمن، وهذا دليلٌ علىٰ أن المستعير لا يملك الإيداعَ، وقال بعضُهم: يملك الإيداع؛ لأنه دون الإعارة.

* قوله: (وإن استعار عيناً، فردَّها إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمها إليه: ضمن).

وفي نسخة: لم يضمن.

وكذا هو في «شرحه»: لم يضمن، غيرَ أنه بعد ذلك أشار إلىٰ أنه في آلات المنزل.

وإن ردَّ الوديعةَ إلىٰ دار المالك، ولم يسلمها إليه: ضمن.

ـ وفي «الهداية»[١]: إن استعار عبداً، وردَّه إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْه إليه: لم يضمن. اهـ

فإن كانت العارية عبداً أو ثوباً: لا يبرأ حتىٰ يردَّه إلىٰ يد المعير، وهو معنىٰ ما في متن «الكتاب».

* قوله: (وإن ردَّ الوديعةَ إلىٰ دار المالك، ولم يسلِّمْها إليه: ضمن).

ـ وكذا المغصوب؛ لأن الواجب علىٰ الغاصب فَسْخُ فعله، وذلك بالرد إلىٰ المالك، دون غيره، والوديعةُ لا يرضىٰ المالك بردها إلىٰ الدار، ولا إلىٰ يد مَن في عياله؛ لأنه لو ارتضىٰ ذلك: لما أودعها، بخلاف العواري؛ لأن فيها عُرفاً، حتىٰ لو كانت العارية عِقْدَ جوهرٍ: لم يردَّها إلا إلىٰ المعير؛ لعدم العُرف فيه.

ـ ومَن أعار أرضاً للزراعة يكتب المُعار: إنك قد أطعمتَني، عند أبي حنيفة.

وعندهما: يكتب: إنك قد أعرتَني؛ لأن لفظة الإعارة موضوعةٌ له، والكتابة بالموضوع أَوْلىٰ، كما في إعارة الدار.

وله: أن لفظ الإطعام أدلُّ علىٰ المراد؛ لأنها تخصُّ الزراعة، والإعارة تنتظم الزراعةَ وغيرَها، كالبناء ونحوه، فكانت الكتابة بها أَوْلىٰ، بخلاف الدار، فإنها لا تُعار إلا للسكنىٰ.

---

(١) ٢٢٣/٣، وينظر اللباب للميداني ٥٠٥/٣ لنص العيني ونَقْلُه لاختلاف النسخ.

. . . .

مسائل :

ـ قال في «الواقعات»: رجلٌ استعار دابةً، فنام المستعير في المفازة، ومِقْودها في يده، فجاء إنسانٌ فقطع المقودَ، وذهب بها: لا ضمان عليه.

ـ ولو مدَّ المِقودَ، فانتزعه من يده، ولم يَشعر بذلك: ضمن؛ لأنه في الوجه الأول: غيرُ مضيِّعٍ، وها هنا مضيِّعٌ.

ـ وهذا إذا نام مضطجعاً، أما إذا نام قاعداً: لا يضمنُ ولو كان المِقودُ ليس في يده؛ لأنه غير مضيِّع؛ لأن المودَع إذا نام قاعداً، فسُرِقت الوديعة: لا ضمان عليه، والمودَعُ والمستعيرُ في هذا سواء، نصَّ علىٰ التسوية بينهما السرخسيُّ[1].

ـ رجلٌ استعار كتاباً ليقرأ فيه، فوجد فيه خطأً: إن علم أن صاحب الكتاب يكره إصلاحَه: ينبغي أن لا يُصلحه؛ لأنه تصرُّفٌ في ملك الغير بغير إذنه.

وإن لم يعلم أنه لا يكره إصلاحَه: جاز؛ لأنه مأذونٌ له دلالةً.

ولو لم يفعل: لا إثمَ عليه؛ لأن الإصلاحَ غيرُ واجب عليه.

ـ رجلٌ استعار ثوراً، فاستعمله، ثم تركه في المرعىٰ، فضاع:

إن علم أن المعيرَ يرضىٰ بكونه هناك يرعىٰ وحده، كما هو العادة: لا

---

(١) المبسوط ١١/١٣٥.

. . . .

يضمن، وإلا: ضمن؛ لأنه تَرَكَه بغير إذنه.

ـ رجلٌ طلب من آخر ثوراً عاريةً، فقال له: غداً أُعطيك، فلما كان من الغد: أخذه المستعير بغير إذن صاحبه، واستعمله، ومات في يده: ضمن؛ لأنه أخذه بغير إذنه.

وإن ردَّه، فمات عند صاحبه: لا ضمان عليه.

ـ امرأةٌ أعارت شيئاً بغير إذن الزوج: إن أعارت من متاع البيت مما يكون علىٰ أيدي النساء عادةً، فضاع: لا تضمن.

ـ ولو زَلَقَ مستعيرُ السراويل، فتخرَّق: لا يضمن.

ـ رجلٌ دخل الحمَّام، فاستعمل آنيةَ الحمَّام، فانكسرت: لا ضمان عليه.

ـ وكذا إذا أعطاه صاحب الفُقَّاع كُوزَ الفُقَّاع ليشربه، فسقط من يده، وانكسر: لا ضمان عليه؛ لأنه أخذه بإذنه.

ـ ولو أتىٰ إلىٰ سوقيٍّ يبيع الآنيةَ، وأخذ إناءً بغير إذنه لينظر إليه، فسقط من يده، فانكسر: ضمن؛ لأنه غير مأذون فيه، والله أعلم.

* * * * *

كتاب اللَّقِيط

اللَّقيطُ: حُرٌّ، مسلمٌ.

كتاب اللَّقِيط

اللقيطُ: اسمٌ لمَنبوذٍ من بني آدم، نُبِذ خوفاً من العَيْلة، أو فِراراً من التهمة.

ـ مُضَيِّعُه آثمٌ، ومُحرِزه غانمٌ، وأَخْذُه أفضلُ من تركه.

ـ وسُمِّي لقيطاً؛ باعتبار مآله، لِمَا أنه يُلقَط.

ـ والالتقاطُ مندوبٌ إليه فيما إذا كان في المصر، وواجبٌ إذا كان في بريَّة؛ لما فيه من إحيائه.

* قال رحمه الله: (اللقيطُ: حرٌّ، مسلمٌ): أي في جميع أحكامه، حتىٰ إن قاذفه يُحدُّ؛ لأن الأصل في بني آدم الحريةُ، والدارُ دار الإسلام، وهي دار الأحرار.

ـ وإن ادعىٰ الملتقطُ أو غيرُه أنه عبدُه: لا يصح إلا بالبينة.

ـ وتجوز شهادتُه بعد البلوغ إذا كان عدلاً.

ـ ولا يصح منه العتق والتدبير والكتابة.

ونفقتُه من بيت المال.

ـ والجناية عليه، ومنه: كالجناية علىٰ الأحرار.

ـ ويُحكم له بالإسلام؛ لأنه وُجد بين المسلمين، فكان مثلَ أولادهم.

وروي أن رجلاً التقط لقيطاً، فجاء به إلىٰ عليٍّ كرم الله وجهه، فقال: هو حرٌّ[١].

* قوله: (ونفقتُه من بيت المال)، يعني إذا لم يكن له مالٌ، ولا قرابةٌ؛ لأن ميراثه للمسلمين، وعَقْلَه عليهم، فكانت نفقتُه في بيت مالهم.

وروي «أن رجلاً جاء إلىٰ عمر رضي الله عنه بمَنبوذٍ، فقال: وجدتُه علىٰ بابي، فقال عمر: عسىٰ الغُوَيْرُ أبْؤساً، نفقتُه علينا، وهو حرٌّ»[٢].

فقوله: عسىٰ الغُوَيْرُ أبؤساً: يدل علىٰ أن عمر اتهمه أن يكون ابنُه، وأن البأسَ جاء من قِبَله.

والغُوَيْر: بلدٌ، والبؤسُ: القحط[٣]، والمنبوذُ: الطفلُ المرميُّ به.

ـ فإن أنفق عليه الملتقطُ من ماله: فهو متطوِّعٌ، ولا يرجع به علىٰ اللقيط؛ لعدم ولايته عليه، إلا أن يأمره القاضي؛ ليكون ديناً عليه.

---

(١) عزاه العيني في البناية ٩/٤٤٤ إلىٰ مصنف عبد الرزاق ٧/٤٥٠.

(٢) ذكره البخاري معلَّقاً قبل حديث (٢٦٦٢)، ووصله مالك في الموطأ ٢/٧٣٨، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٨٤٠)، وينظر فتح الباري ٥/٢٧٤.

(٣) وينظر لمعناه بأوسع، وأنه مَثَلٌ عربي: في فتح الباري ٥/٢٧٤.

فإن التقطه رجلٌ : لم يكن لغيره أن يأخذه من يده.

فإن ادَّعىٰ مدَّعٍ أنه ابنُه : فالقولُ قولُه، مع يمينه.

ـ ولا يكفي مجرد الأمر من القاضي، في الأصح؛ لأن مطلَقه قد يكون للحثِّ والترغيب، وإنما يزول هذا الاحتمال: إذا شَرَطَ أن يكون ديناً عليه.

ـ ولو لم يأمره القاضي، ولكن صدَّقه اللقيطُ بعد البلوغ: فله الرجوع.

ـ فإن أبىٰ الملتقطُ أن يُنفق عليه، وسأل القاضي أن يَنقله عنه: فللقاضي أن ينقله عنه إلىٰ يدِ عدلٍ إذا أقام البينةَ أنه لقيطٌ.

ـ وإنما شُرطت البينة: لجواز أن يكون ممن تلزمه نفقتُه، كابنه وعبده.

ـ فإن رجع بعد ذلك إلىٰ القاضي يطلب ردَّه إلىٰ يده: فالقاضي بالخيار: إن شاء ردَّه إليه، وإن شاء أبقاه علىٰ يد العدل.

* قوله: (فإن التقطه رجلٌ: لم يكن لغيره أن يأخذه من يده)؛ لأن يده قد سُبقت إليه، فلم يكن لأحدٍ أن ينتزعه، إلا ليدٍ هي أَوْلىٰ من يده.

* قوله: (فإن ادعىٰ مدَّعٍ أنه ابنُه: فالقولُ قوله[1]).

معناه: إذا لم يدع الملتقطُ نسبَه، أما إذا ادعاه: فهو أَوْلىٰ به.

ـ وإن ادعاه غيرُ الملتقط أنه ابنُه: فهو للمدعي، صدَّقه الملتقط أو كذَّبه؛ لأنه إقرارٌ للصبي بما ينفعُه؛ لأنه يَشرُف بالنسب، ويُعيَّر بعدمه.

---

(١) وفي نسخة القدوري ١٣٠٩هـ زيادة كما يلي: «فالقول قوله، مع يمينه».

وإن ادَّعاه اثنان، ووَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده: فهو أَوْلىٰ به.

---

* قوله: (فإن ادعاه اثنان، ووصف أحدُهما علامةً في جسده: فهو أَوْلىٰ به)؛ لأن العلامة تدلُّ علىٰ سَبْق اليد؛ لأن الظاهر أن الإنسان يَعرف علامةَ ولده.

- وإن لم يصف أحدُهما علامةً: فهو ابنُهما؛ لاستوائهما في النسب.

- وإن سَبقت دِعوةُ أحدهما: فهو ابنُه؛ لأنه ثبت حقُّه في زمانٍ لا منازِعَ له فيه، إلا إذا أقام الآخرُ البينةَ؛ لأن البينة أقوىٰ.

- قال الخُجَندي: إذا ادعاه رجلان أحدُهما مسلمٌ، والآخر ذميٌّ: قُضي به للمسلم.

- وإن كانا مسلمين: قُضي به لمن أقام البينةَ.

- وإن أقاماها جميعاً: قُضي به لهما.

- ولو كان المدعي أكثرَ من اثنين: فعن أبي حنيفة: أنه جوَّزه إلىٰ خمسة.

وقال أبو يوسف: يثبت من اثنين، ولا يثبت من أكثرَ من ذلك.

وعند محمد: يثبت من ثلاثة، ولا يثبتُ من أكثر من ذلك.

- وإن ادَّعته امرأةٌ: لا يصح إلا بتصديق الزوج، أو بإقامة البينة؛ لأن فيه حملَ النسب علىٰ الغير.

- وإن ادعاه امرأتان، وأقامت كلُّ واحدةٍ منهما البينة:

وإذا وُجِدَ في مصرٍ من أمصار المسلمين، أو في قريةٍ من قراهم، فادَّعىٰ ذمِّيٌّ أنه ابنُه: ثبت نسبُه منه، وكان مسلماً.

وإن وُجِد في قريةٍ من قرىٰ أهل الذمة، أو في بِيْعَةٍ، أو في كنيسةٍ: كان ذمياً.

قال أبو حنيفة: يُجعل ابنُهما، وعندهما: لا يكون ابنُ واحدةٍ منهما؛ لاستحالة أن تلد امرأتان ولداً واحداً.

ولأبي حنيفة: أن إثبات النسب لا يقتضي إثباتَ الولادة، وإنما تتعلق به أحكامٌ أُخَر، من تحريم المصاهرة، وحق الحضانة، ووجوب الإرث.

* قوله: (وإذا وُجد في مصرٍ من أمصار المسلمين، أو في قريةٍ من قُراهم، فادعىٰ ذميٌّ أنه ابنُه: ثبت نسبُه منه، وكان مسلماً)؛ **لأن في إثبات نسبه نفعاً له.**

وإنما جعلناه مسلماً؛ لأن الكفر إلحاقُ ضررٍ به، فما يُكسبه الضررَ: لا يجوز عليه، وما يحصل له فيه النفعُ: فهو جائزٌ، فصحت دِعوتُه فيما ينفعه، دون ما يضرُّه.

* قوله: (وإن وُجد في قريةٍ من قرىٰ أهلِ الذمة، أو في بِيْعةٍ أو كنيسةٍ: كان ذمياً).

البِيعة: لليهود، والكنيسة: للنصارىٰ.

وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً، روايةً واحدةً.

ومَن ادعىٰ أن اللقيط عبدُه، أو أمتُه : لم يُقبَل منه، وكان حرّاً.

وإن ادَّعىٰ عبدٌ أنه ابنُه : ثَبَت نَسَبُه منه، وكان حرّاً.

ـ وإن كان الواجدُ مسلماً في هذا المكان، أو ذمياً في مكان المسلمين:

اختلفت فيه الرواية: ففي رواية كتاب اللقيط: اعتبر المكانَ.

وفي رواية كتاب الدعوىٰ: اعتبر الإسلامَ.

وفي رواية: أيهما كان الواجد، وهي روايةُ ابنِ سماعة عن محمد؛ لقوة اليد.

* قوله: (ومَن ادعىٰ أن اللقيط عبدُه أو أمتُه: لم يُقبل منه، وكان حراً)؛ لأنا قد بيَّنَّا أنه حرٌّ بالظاهر، فلا ينتقلُ عنه بنفس الدعوىٰ، إلا أن يقيم البينةَ أنه عبده.

ـ وفي «الينابيع» إذا ادعىٰ رجلٌ أنه عبده، وصدَّقه بعد الإدراك: ينظر:

إن جرىٰ عليه أحكام الأحرار، من قبولِ شهادته، أو حُدَّ قاذفه، وما أشبه ذلك من الأحكام: لا يصير عبداً بتصديقه إياه.

وإن لم يجر عليه شيءٌ من أحكام الأحرار: فهو عبدٌ للذي ادعاه.

* قوله: (وإن ادعىٰ عبدٌ أنه ابنُه: ثبت نسبُه منه، وكان حرّاً)؛ لأنا نراعي حصول المنفعة له، وثبوتُ النسب أنفع له، وكونه رقيقاً: ضررٌ عليه، فصح ما فيه نفعه، وبطل ما فيه ضرره.

وإن وُجد مع اللقيط مالٌ مشدودٌ عليه: فهو له.

ولا يجوز تزويجُ الملتقِطِ، ....

ولأن المملوك قد تلد له الحرةُ، فلا تبطل الحريةُ الظاهرة بالشك.

ـ وإن ادعاه مملوكان: فهو ابنُهما.

ويكون عبداً عند أبي حنيفة.

وقال محمد: هو ابنُهما، ويكون حراً.

ـ ولو قال المسلمُ: هو عبدي، وقال النصراني: هو ابني: فهو ابن النصراني، ويكون حرًّاً.

* قوله: (وإن وُجد مع اللقيط مالٌ مشدودٌ عليه: فهو له)؛ اعتباراً للظاهر.

ـ وكذا إذا كان مشدوداً علىٰ دابة، وهو عليها.

وأما إذا كان موضوعاً بقُربه: لم يُحكَم له به، ويكون لقطةً.

ـ وإن وُجد اللقيطُ علىٰ دابة: فهي له.

وحُكي أن لقيطةً وُجدتْ ببغداد، وعند صدرها رَقٌّ منشورٌ فيه: هذه بنت شقيٍّ وشقيَّةٍ، بنتُ الطباهجة والقلية، ومعها ألفُ دينار جعفرية، يُشترىٰ بها جاريةٌ هندية، وهذا جزاءُ مَن لم يُزوِّج بنتَه وهي كبيرة.

وفي رواية: وهي صغيرة.

* قوله: (ولا يجوز تزويجُ الملتقِط اللقيطَ)؛ لأنه لا ولايةَ له عليه من

ولا تصرُّفُه في مال اللقيط.

ويجوز أن يَقبِضَ له الهبةَ، ويُسْلِمَه في صناعةٍ، ويؤاجرَه.

المُلك والقرابة، والسلطنةُ والتصرفُ علىٰ الصغير إنما هو بالولاية.

ولا يزوِّجه إلا الحاكم.

* قوله: (ولا تصرُّفُه في مال اللقيط)؛ اعتباراً بالأم.

* قوله: (ويجوز أن يقبضَ له الهبةَ)؛ لأنه نفعٌ محضٌ.

* قوله: (ويُسلِمَه في صناعةٍ)؛ لأنه من بابُ تثقيفِه، واستجلابِ المنافع له.

* قوله: (ويُؤاجِرَه). هذه روايةُ القدوري.

ـ وفي «الجامع الصغير»[1]: لا يجوز أن يؤاجِرَه، وهو الأصح؛ لأنه لا يملك إتلافَ منافعه، فأشبه العمَّ.

ـ بخلاف الأم: فإنها تملكها.

ـ وجناية اللقيط: في بيت المال.

ـ وميراثُه: لبيت المال، لا للذي التقطه.

ـ فإذا قُتِل اللقيط خطأً: فالدية علىٰ عاقلة القاتل لبيت المال.

وإنما وجبت الدية؛ لأنه حرٌّ.

وإنما كان لبيت المال؛ لأنه لا وارثَ له إلا المسلمون.

---

(١) صفحة ٢٣٥.

. . . .

ـ وإن قُتل عمداً: فالإمام بالخيار: إن شاء قَتَل القاتلَ، وإن شاء صالحه علىٰ الدية عندهما.

وقال أبو يوسف: ليس له أن يَقتله، ولكن يأخذ منه الديةَ؛ لأن ولاية الإمام تثبت بالعقد، فهو كالوصي، والوصيُّ ليس له أن يقتل.

وليس للإمام أن يعفوَ في قولهم جميعاً؛ لأن في ذلك إسقاطَ حق المسلمين من غير بدل، والله أعلم.

* * * * *

كتاب اللُّقَطة

اللُّقَطةُ أمانةٌ في يد الملتقِط إذا أشهد الملتقِطُ أنـه يأخـذُها ليحفظَهـا، ويردَّها علىٰ صاحبها.

كتاب اللُّقَطة

هي بإسكان القاف، وتحريكِها.

وهي اسمٌ لما يُلتَقَط من المال.

ـ وأخْذُها أفضلُ من تَرْكها.

وهذا في غير الإبل والبقر؛ لأن ما سواهما: يُخاف عليه الضياعُ والتلفُ، ففي أَخْذه صيانةٌ له.

* قال رحمه الله: (اللقطةُ أمانةٌ في يد الملتقط إذا أَشهد الملتقطُ أنه يأخذُها ليحفظَها، ويُردَّها علىٰ صاحبها).

لأن الأخذ علىٰ هذا الوجه مأذونٌ فيه شرعاً، بل هو الأفضلُ عند عامة العلماء.

وهو واجبٌ إذا خاف الضياعَ.

ـ وإذا كان كذلك: لا تكون مضمونةً عليه.

. . . .

ـ وكذا إذا تصادقا أنه أخذها للمالك؛ لأن تصادقهما كالبينة.

ـ وإن أقرَّ أنه أخذها لنفسه: وجب عليه ضمانُها.

ـ وإن أخذها، ولم يُشهد، وقال: أخذتُها للمالك، وكذَّبه المالك، فتلفت في يده: ضمنها عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يضمنها، والقول قوله؛ لأن صاحب اللقطة يدعي عليه أخذاً مضموناً، وهو يُنكِر، فكان القولُ قولَه.

ولهما: أنه أقرَّ بسبب الضمان، وهو الأخذ، وادعىٰ ما يُبرئه، وهو الأخذ لمالكه: فلا يبرأ.

ـ وإن أخذ لقطةً ليأكلها، أو ليُمسكها لنفسه: لم يبرأ من ضمانها حتىٰ يؤديَها إلىٰ يد صاحبها.

وقال زفر: إذا ردَّها إلىٰ الموضع الذي أخذها منه: برىء؛ لأنه قد ردَّها إلىٰ الموضع الذي أخذها منه، فأشبه ما إذا أخذها ليردها علىٰ صاحبها، ثم ردَّها إلىٰ ذلك الموضع.

ولنا: أن الأخذ وقع لنفسه، فصار غاصباً، والغاصب لا يبرأ إلا بالرد إلىٰ المالك، أو إلىٰ وكيله.

ـ وكذا الغاصب إذا ركب الدابةَ ليردها إلىٰ صاحبها، فتلفت في ذلك الركوب: فهو ضامنٌ؛ لأن الأخذ مضمونٌ عليه، فلا يبرأ إلا بالرد إلىٰ يد صاحبها، أو إلىٰ يد وكيله.

فإن كانت أقلَّ من عشرة دراهمَ : عَرَّفها أياماً .

وإن كانت عشرةً، فصاعداً : عرَّفها حولاً .

ـ فإن أخذ اللقطةَ ليردَّها علىٰ صاحبها، وأشهد علىٰ ذلك، ثم ردَّها إلىٰ موضعها:

إن كان لم يبرح من مكانه حتىٰ ردها فيه: لم يضمن، وإن ذهب بها عنه، ثم رجع إليه، فردَّها: ضمن.

ـ ويكفي في الإشهاد أن يقول: مَن سمعتموه يُنشدُ لقطةً فدلُّوه عليَّ.

ـ سواء كانت اللقطة واحدةً أو أكثر، يعني سواء كانت جنساً واحداً، أو أجناساً مختلفة.

ـ ثم إذا أشهد، فجاء صاحبُها يطلبها، فقال: قد هلكتْ: فهو مصدَّقٌ، لأنه أمينٌ حين أشهد، والأمينُ لا يضمن من غير تعدٍّ.

ـ وقوله: إذا أشهد: الإشهاد حتمٌ عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يُشترط الإشهاد.

ـ والخلافُ فيما إذا أمكنه أن يُشهِد، أما إذا لم يجد مَن يُشهِده، أو خاف إذا أشهد أن يأخذه الظلمةُ، فتَرَكَ الإشهادَ: لم يضمن، إجماعاً.

* قوله: (فإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم: عرَّفَها أياماً، وإن كانت عشرةً فصاعداً: عرَّفها حولاً كاملاً).

وهذه روايةٌ عن أبي حنيفة.

. . . .

ـ وقوله: أياماً: معناه: علىٰ حسب ما يرىٰ، وقدَّره محمدٌ في «الأصل» بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك(١).

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أن التعريف علىٰ قدر خطر المال:

إن كان مائةَ درهمٍ فصاعداً: عرَّفها حولاً.

وإن كان عشرةَ دراهم: فشهراً.

وإن كانت ثلاثةَ دراهم: فثلاثة أيام.

ـ وفي «الخُجَندي»: إذا كانت ثلاثةَ دراهم ونحوها: عرَّفها جمعةً، وإن كانت درهماً: فثلاثة أيام، وإن كانت دانقاً: فيوماً.

يعني إذا كان الدانق فضة، أما إذا كان ذهباً: فثلاثة أيام.

وإن كانت كِسْرةً أو تمرةً أو نحوها: تصدق بها مكانها، وإن كان محتاجاً أَكَلَها.

وقيل: إن هذه المقادير كلها ليست بلازمة، وإنما يعرِّفها مدةً يقع بها التعريف، وعليه الفتوىٰ.

ـ ثم التعريف إنما يكون جهراً في الأسواق، وأبواب المساجد، وفي الموضع الذي وُجد فيه، وفي المجامع.

ـ وإن وجد اللقطةَ رجلان: عرَّفاها جميعاً، واشتركا في حُكمها.

(١) جواهر الإكليل ٢/٢١٨.

فإن جاء صاحبُها : دَفَعَها، وإلا : تصدَّق بها .

فإن جاء صاحبُها وهو قد تصدَّق بها : فهو بالخيـار : إن شـاء أمـضىٰ الصدقةَ، وإن شاء ضَمَّن الملتقِطَ .

ـ ولو ضاعت اللقطةُ من يد ملتقطها، فوجدها في يد آخر: فلا خصومةَ بينه وبينه؛ لأن الأول قد ارتفعت يدُه.

ـ ولو كانا يمشيان، فرأىٰ أحدُهما لقطةً، فقال صاحبه: هاتها، فأخذها لنفسه: فهي للآخذ، دون الآمر.

ـ وإذا كانت اللقطةُ شيئاً يُعلَم أن صاحبها لا يَطلبُها، كالنَّوىٰ المبدَّد: فإنه يكون إباحة، يجوز أخذه من غير تعريف، ولكنه يبقىٰ علىٰ ملك مالكه.

ـ قال بعض المشايخ: التقاطُ السنابل في أيام الحصاد: إن كان قليلاً يغلب علىٰ الظن أنه لا يَشق علىٰ صاحبه: لا بأس أن يأخذه، من غير تعريف، وإلا: فلا يأخذُه.

* قوله: (فإن جاء صاحبُها دفعها[1]، وإلا: تصدَّق بها).

أما إذا جاء صاحبها، وأقام البينة: سلَّمها إليه؛ إيصالاً للحق إلىٰ مستَحِقِّه، وذلك واجبٌ.

وأما إذا لم يجئ: يتصدق بها؛ ليصل خَلَفُها إليه، وهو الثواب، علىٰ اعتبار إجازته التصدقَ بها، وإن شاء أمسكها؛ رجاءَ الظفر بصاحبها.

* قوله: (فإن جاء صاحبُها)، يعني (بعد التصدُّقِ بها، فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ الصدقةَ)، وله ثوابُها، (وإن شاء ضمَّن الملتقطَ).

---

(١) دفعها: ثبتت هذه الكلمة في نسخة القدوري ٧٦٨هـ، و ١٣٠٩هـ.

ويجوز الالتقاطُ في الشاة، والبقرِ، والبعير.

فإن أنفق الملتقِطُ عليها بغير إذن الحاكم: فهو متبرِّعٌ.

وإن أنفق بأمره: كان ذلك دَيْناً علىٰ صاحبها.

فإن ضمَّنه: لم يرجع بها علىٰ المسكين؛ لأنه بالتضمين: مَلَكَها، فظهر أنه تصدق بملك نفسه، فله ثوابها.

وإن ضمَّن المتصدَّقَ عليه: لم يرجع به أيضاً علىٰ الملتقط؛ لأن الصدقة عقدُ تبرُّعٍ، فإذا ضمنها الذي تبرَّع عليه: لم يرجع به علىٰ المتبرع.

* قوله: (ويجوز الالتقاطُ في الشاة والبقرة والبعير).

ـ هذا إذا خاف عليهم التلفَ والضياعَ، مثل أن يكون البلد فيها الأسد واللصوص، أما إذا كانت مأمونةَ التلف: لا يأخذها.

أما الشاة: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «خُذْها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»[١].

وأما الإبل: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «ما لَكَ ولها، معها حِذاؤها وسِقاؤها، تَرِدُ الماءَ، وترعىٰ الشجرَ، حتىٰ يأتيَها صاحبُها، فيأخذها»[٢].

* قوله: (فإن أنفق الملتقطُ عليها بغير إذن الحاكم: فهو متبرِّعٌ)؛ لقصور ولايته.

* قوله: (وإن أنفق بأمره: كان ذلك دَيْناً علىٰ صاحبها)؛ لأن للقاضي

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٢)، صحيح مسلم (١٧٢٢).

(٢) هو الحديث نفسه المتقدم تخريجه في الحاشية السابقة.

وإذا رَفَعَ ذلك إلىٰ الحاكم : نَظَرَ فيه ، فإن كان للبهيمة منفعةٌ : آجَرَها ، وأنفق عليها من أجرتها .

وإن لم تكن لها منفعةٌ ، وخاف أن تستغرق النفقةُ قيمتَها : باعها الحاكمُ ، وأَمَرَ بحفظ ثمنها .

وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها : أَذِن في ذلك ، وجعل النفقةَ دَيْناً علىٰ مالكها .

ولايةً في مال الغائب؛ نظراً له، وقد يكون النظر في الإنفاق.

* قوله: (وإذا رفع ذلك إلىٰ الحاكم: نَظَرَ فيه: فإن كان للبهيمة منفعةٌ: آجرها، وأنفق عِليها من أجرتها)؛ لأن فيه إبقاءَ العين علىٰ ملكه، من غير إلزام الدين عليه.

* قوله: (وإن لم تكن لها منفعةٌ، وخاف أن تستغرق النفقةُ قيمتَها: باعها، وأمر بحفظ ثمنها)؛ لأن القاضي ناظرٌ محتاطٌ، فله أن يختار أصلحَ الأمرين.

* قوله: (وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها: أَذِنَ الحاكم في ذلك، وجعل النفقة ديناً علىٰ مالكها)؛ لأنه نُصِب ناظراً، وفي هذا نظرٌ من الجانبين.

ـ وإنما يأمره بالإنفاق يومين أو ثلاثةً علىٰ قدر ما يرىٰ؛ رجاء أن يظهر مالكُها، فإذا لم يظهر: يأمر ببيعها؛ لأن استدامةَ[1] النفقة مستأصِلةٌ، فلا

---

(١) وفي نسخ: لأن دارة النفقة.

وإذا حضر مالكُها: فللملتقِطِ أن يمنعه منها حتىٰ يأخذ النفقة.

ولقطةُ الحِلِّ والحرم سواءٌ.

نظرَ في الإنفاق مدةَ مدِّ يده.

ـ قال في «الهداية»[1]: شَرَطَ في «الأصل» إقامةَ البينة، وهو الصحيح؛ لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده، فلا يأمر فيه بالإنفاق، وإنما يُؤمر في الوديعة: فلا بدَّ من البينة؛ لكشف الحال.

ـ وإن قال: لا بينة لي: يقول له القاضي: أنفِق عليها إن كنتَ صادقاً فيما قلتَ، حتىٰ يرجع علىٰ المالك إن كان صادقاً، ولا يرجع إن كان غاصباً.

* قوله: (فإذا حضر المالك: فللملتقط أن يمنعه منها حتىٰ يأخذَ النفقةَ منه)؛ لأنه أحيا ملكَه بنفقته، فصار كأنه استفاد الملك من جهته، فأشبه البيع.

ـ ثم لا يسقط دينُ النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس؛ لأنه يصير بالحبس يُشبِه الرهن.

* قوله: (ولقطةُ الحِلِّ والحرم: سواءٌ).

هذا احترازٌ عن قول الشافعي[2]، فإن عنده: ما يُلتقط في الحرم: يعرِّفه أبداً إلىٰ أن يجيء صاحبُه.

---

(١) ٢/١٧٧.

(٢) مغني المحتاج ٢/٤١٧.

وإذا حضر رجلٌ، فادَّعىٰ أن اللقطة له: لم تُدفَع إليه حتىٰ يقيم البينةَ.

فإن أعطىٰ علامتَها: حلَّ للملتقِط أن يدفعها إليه، ولا يُجبَر علىٰ ذلك في القضاء.

ولا يَتصدَّقُ باللقطة علىٰ غنيٍّ.

---

* قوله: (وإذا حضر رجلٌ وادعىٰ أن اللقطةَ له: لم تُدفع إليه حتىٰ يقيم البينة)؛ لأنه[1] مدَّعٍ، فلا يُصدَّق بغير بينة، إلا أنه إذا دفعها إليه: جاز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن جاء صاحبُها، فعَرَفَ عِفَاصها»[2].

* قوله: (فإن أعطىٰ علامتَها: حَلَّ للملتقط أن يدفعها إليه، ولا يُجبَر علىٰ ذلك في القضاء).

وقال مالكٌ[3] والشافعيُّ[4]: يُجبَر.

ـ والعلامة: أن يُسمِّيَ وزنَ الدراهم، وعددَها، ووِكاءَها، ووعاءَها.

ـ ولو صدَّقه: قيل: لا يُجبر علىٰ الدفع، كالوكيل بقبض الوديعة. وقيل: يُجبر؛ لأن الملك ها هنا غير ظاهر، والمودَع مالكٌ ظاهراً.

* قوله: (ولا يَتصدَّق باللقطة علىٰ غنيٍّ)؛ لأن الأغنياء ليسوا بمحلٍّ للصدقة.

---

(١) شرح هذه الجملة من مختصر القدوري لم أجده في نسخ الجوهرة المتوفرة لدي، لكنه مثبتٌ في طبعتي الجوهرة، ولذا أثبتُّه احتياطاً، مع هذا التنبيه.

(٢) صحيح البخاري (٢٣٧٢).

(٣) الشرح الكبير ٤/١١٨.

(٤) بل لا يجب، علىٰ المذهب، ينظر مغني المحتاج ٢/٤١٦، نهاية المحتاج ٥/٤٤٢.

وإن كان الملتقِطُ غنياً : لم يجز له أن ينتفع بها .

وإن كان فقيراً : فلا بأس أن ينتفع بها .

ويجوز أن يتصدَّقَ بها إذا كان غنياً علىٰ أبيه ، وابنـه ، وأُمِّـه ، وزوجتـه إذا كانوا فقراء .

---

* قوله: (وإن كان الملتقط غنياً: لم يجز له أن ينتفع بها)؛ **لأنها مالُ الغير، فلا يباح له الانتفاع به إلا برضاه، والإباحةِ للفقير؛ لأنه محلٌّ للصدقة بالإجماع.**

* قوله: (وإن كان فقيراً: فلا بأس أن ينتفع بها)؛ **لأنه ذو حاجة.**

* قوله: (ويجوز أن يتصدق بها إذا كان غنياً علىٰ أبيه وابنِه وزوجتِه إذا كانوا فقراء)؛ **لأنه لمَّا جاز له أن ينتفع بها إذا كان فقيراً: جاز أن يتصدق بها علىٰ هؤلاء، والله أعلم.**

* * * * *

كتاب الخُنْثىٰ

إذا كان للمولود فَرْجٌ، وذَكَرٌ: فهو خُنْثَىٰ.

فإن كان يبولُ من الذَّكَر: فهو غلامٌ.

وإن كان يبولُ من الفرج: فهو أنثىٰ.

وإن كان يبولُ منهما، والبولُ يَسبقُ من أحدهما: نُسِب إلىٰ الأسبق.

كتاب الخُنْثى

هو اسمٌ لمولودٍ له فَرْجٌ وذَكَرٌ.

يُوَرَّث من حيث مَبَاله.

فإذا اشتبه حالُه: وُرِّث بالأحوط، حتىٰ يَنكشفَ حالُه.

وكذا إذا لم يكن له فَرْجٌ ولا ذَكَرٌ، ويَخرجُ الحدثُ من دُبُره، أو من سُرَّته. كذا في «الينابيع».

* **قال رحمه الله:** (إذا كان للمولود فَرْجٌ وذكرٌ: فهو خُنثىٰ، فإن كان يبول من الذكر: فهو غلامٌ، وإن كان يبول من الفرج: فهو أنثىٰ، وإن كان يبول منهما، والبولُ يَسبقُ من أحدهما: نُسِبَ إلىٰ الأسبق).

لأن السَّبْق من أحد الموضعين يدلُّ علىٰ أنه هو الأصل، وأنه عَدَلَ

وإن كانا في السبق سواءً : فلا عبرةَ بالكثرة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد : يُنْسَب إلىٰ أكثرهما.

وإذا بلغ الخنثىٰ، وخرجت له لحيةٌ، أو وَصَلَ إلىٰ النساء : فهو رجلٌ.

وإن ظهر له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَزَلَ له لبنٌ في ثديه، أو حاضَ، أو حَبِل، أو أمكن الوصولُ إليه من الفرج : فهو امرأةٌ.

إلىٰ المجرىٰ الآخر لعِلةٍ، أو عارض.

* قوله: (وإن كانا في السَّبْق سواءً: فلا مُعتبر بالكثرة عند أبي حنيفة)؛ لأن البول يقلُّ ويكثر لأجل ضيق المخرج وسعته، فلا دلالة لقلَّته، ولا لكثرته.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: يُنسب إلىٰ أكثرهما) بولاً؛ لأن كثرته تدل علىٰ أنه هو المجرىٰ في الأصل؛ لأن للأكثر حكمَ الكل، فيترجح بالكثرة.

ـ فإن استويا في الكثرة: قالوا جميعاً: لا علمَ لنا بذلك، وهو مُشكِلٌ، يُنتظر به إلىٰ أن يَبلُغ.

* قوله: (فإذا بَلَغَ الخنثىٰ، وخرجتْ له لحيةٌ، أو وَصَلَ إلىٰ النساء: فهو رجلٌ).

ـ وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجال، أو كان له ثديٌ مستوٍ.

* قوله: (وإن ظَهَرَ له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَزَلَ له لبنٌ في ثديه، أو حاض، أو حَبِل، أو أَمكن الوصول إليه من الفرج: فهو امرأةٌ)؛ لأن هذا من علامات النساء.

فإن لم تظهر له إحدىٰ هذه العلامات : فهو خنثىٰ مُشْكِلٌ .

وإذا وقف خلفَ الإمام : قام بين صَفِّ الرجال والنساء .

ـ وأما خروج المني: فلا اعتبار به؛ لأنه يَخرج من المرأة كما يخرج من الرجل. كذا في «شرحه».

وصورةُ الحَبَل: بأن يتمسَّح بخرقة فيها مني.

ـ فإن قيل: ظهورُ الثديين علامةٌ مستقلَّةٌ، فلا حاجةَ إلىٰ ذِكر اللبن.

قيل: لأن اللبن قد ينزل ولا ثديَ، أو يَظهر له ثديٌّ بحيث لا يتميز من ثدي الرجل، فإذا نزل اللبنُ: وقع التمييز.

* قوله: (فإن لم تظهر له إحدىٰ هذه العلامات: فهو خنثىٰ مشكلٌ).

ـ إنما قال: فهو، ولم يقل: فهي: لأنه لو أنَّثَه: يكون تعييناً لأحد الأمرَيْن.

وقيل: إنما ذكَّرَه؛ لأن التذكير هو الأصل، لا علىٰ التعيين.

* قوله: (فإذا وقف خلفَ الإمام: قام بين صفِّ الرجال والنساء).

ـ والأصل في ذلك: أن الخنثىٰ المشكل يؤخذ له في جميع أموره بالأحوط في أمور الدين.

فإذا ثبت هذا: قلنا: يقف بين صفِّ الرجال والنساء؛ لأنه يحتمل أن يكون امرأةً، فإذا وقف في صفِّ الرجال: أفسد عليهم، ويَحتمل أن يكون رجلاً، فإذا وقف في صفِّ النساء: أفسَدْنَ عليه، فأُمِر بالوقوف بين ذلك؛ ليأمن الأمرَيْن.

. . . .

ـ فإن وقف في صفِّ النساء: أعاد صلاتَه؛ لاحتمال أنه رجلٌ.

ـ وإن قام في صفِّ الرجال: فصلاتُه تامةٌ، ويُعيد الذي عن يمينه، والذي عن يساره، والذي خلفه بحذائه صلاتَهم؛ احتياطاً؛ لاحتمال أنه امرأة.

ـ وأحبُّ إلينا أن يُصليَ بقِناعٍ، ويجلسَ في صلاته، كما تجلس المرأة.

ـ فإن صلىٰ بغير قِناعٍ: أُمر بالإعادة؛ لاحتمال أنه امرأة.

ـ قال في «الهداية»[1]: وهو علىٰ الاستحباب، وإن لم يُعِد: أجزأه.

ـ ويكره له لُبْسُ الحرير، والحُلْي، وأن يَنكشف قُدَّام الرجال والنساء.

ـ ويكره أن يَخلوَ به غيرُ مَحرَمٍ من رجل أو امرأةٍ، وأن يسافر بغير مَحرَم من الرجال.

ـ وإن أحرم بحجٍّ وقد راهق: قال أبو يوسف: لا علمَ لي بلباسه؛ لأنه إن كان ذَكَراً: يكره له لُبْس المخيط، وإن كان أنثىٰ: يكره له تركه.

وقال محمدٌ: يَلبَس لباسَ المرأة؛ لأن تَرْكَ لُبْس المخيط وهو امرأةٌ: أفحش من لُبْسه وهو رجلٌ، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ.

ـ وفي «شرحه»: إذا أحرم بعد ما بلغ بحجة أو عمرة:

قال أبو يوسف: لا علمَ لي بلباسه.

---

(١) ٤/ ٢٦٧.

وتُبتاعُ له أمةٌ من ماله تَختِنُه إذا كان له مالٌ.

وقال محمدٌ: يلبس لباسَ امرأةٍ، ولا شيءَ عليه؛ لأنه لا يُؤمَن أن يكون امرأةً، فسَتْره أَوْلىٰ من كشفه.

وينبغي عند محمد أنه يجب عليه الدم؛ احتياطاً؛ لاحتمال أن يكون ذكراً.

ـ وإن مات قبل أن يستبينَ أمرُه: لم يُغسِّلْه رجلٌ ولا امرأةٌ، بل يُيَمَّم.

ـ فإن يمَّمه أجنبيٌّ: يمَّمه بخِرقة، وإن كان ذا رَحِمٍ مَحْرَم منه: يمَّمه بغير خرقة.

ـ ولا يقال: هلاَّ تُشترىٰ له جاريةٌ تغسِّله، كما قلتم في الختان؟

قلنا: الميت لا يملك، فالجارية بعد موته: تكون أجنبيةً.

ـ وقال شمس الأئمة: يُجعل في كُوَّارة، ويُغَسَّل.

ـ وهذا كله إذا كان يُشتهىٰ، أما إذا كان طفلاً: فلا بأس أن يُغسِّله رجلٌ أو امرأةٌ.

ـ ويُسجَّىٰ قبرُه، ويُكفَّنُ كما تُكفَّن المرأة في خمسة أثواب.

ـ قال في «الينابيع»: لا يُقتل الخنثىٰ بالردة.

ـ ويُحدُّ في القذف، ويُقطع في السرقة إذا كان قد بلغ.

ـ ولا يُحدُّ قاذفُه؛ لأنه بمنزلة المجبوب، وقاذفُ المجبوب: لا حدَّ عليه.

ـ ولا قصاص في أطرافه، وتجب فيه ديةُ الأنثىٰ إذا قُتل خطأً.

* قوله: (وتُبتاعُ له أمةٌ تَختِنُه إن كان له مالٌ)؛ لأنه يُباح لمملوكته النظر إليه؛ لأنه إذا كان رجلاً: فأمةُ الرجل تنظرُ إليه، وإن كان امرأةً:

فإن لم يكن له مالٌ: ابتاع له الإمامُ أمةً من بيت المـال، فـإذا ختنَتْـه: باعها، وردَّ ثمنَها إلىٰ بيت المال.

وإذا مات أبوه، وخلَّف معه ابناً: فالمالُ بينهما عنـد أبي حنيفـة علىٰ ثلاثة أسهم: للابن سهمان، وللخنثىٰ سهم.

وهو أنثىٰ عند أبي حنيفة في الميراث، إلا أن يثبت غيرُ ذلك: فيُتَّبَع.

فالمرأة تنظر إلىٰ المرأة.

ـ وهذا إذا كان يُشتهىٰ، أما إذا كان لا يُشتهىٰ: جاز للرجال والنساء أن يَختِنوه.

* قوله: (فإن لم يكن له مالٌ: ابتاع له الإمامُ من بيت المال أمةً تَختِنُه، فإذا خَتَنَتْه: باعها، وردَّ ثمنَها في بيت المال)؛ لأن شراءها إنما هو للحاجة، وبعد فراغها زالت الحاجة.

* قوله: (فإن مات أبوه، وخلَّف معه[1] ابناً: فالمالُ بينهما عند أبي حنيفة علىٰ ثلاثة أسهم: للابن سهمان، وللخنثىٰ سهمٌ.

وهو ابنةٌ عند أبي حنيفة في الميراث إلا أن يثبت غيرُ ذلك: فيُتَّبع[2]).

يعني إلا أن يتبيَّن أن نصيبَ الأنثىٰ أكثرُ من نصيب الذكر: فيُعطىٰ حينئذ نصيبَ ذَكَر، وذلك في مسائل:

ـ منها: إذا ماتت المرأةُ عن زوجٍ، وأبوين، وولدٍ خنثىٰ: فالمالُ بينهم

---

(١) لفظ: معه: مثبتٌ في نسخة القدوري ٧٢٧هـ.

(٢) لفظ: فيُتَّبع: مثبتٌ في اللباب للميداني علىٰ أنه من القدوري.

وقالا: للخنثىٰ نصفُ ميراثِ الذكر، ونصفُ ميراثِ الأنثىٰ، وهو قولُ الإمام الشعبي.

واختلفا في قياس قوله:

فقال أبو يوسف: المالُ بينهما علىٰ سبعة أسهم: للابن أربعةٌ، وللخنثىٰ ثلاثةٌ.

علىٰ اثني عشر: للزوجِ ثلاثةٌ، وللأبوين أربعةٌ، وللخنثىٰ خمسةٌ، إذ لو كان أنثىٰ: لكان له ستةٌ، وكانت تعول المسألة إلىٰ ثلاثة عشر.

ـ ومنها: إذا ماتت عن زوجٍ، وأخٍ لأمٍّ، وخنثىٰ لأبٍ وأم: من ستة: للزوج ثلاثةٌ، وللأخ للأمِّ سهمٌ، والباقي للخنثىٰ، وهو سهمان.

ولو كان أنثىٰ: لكان لها ثلاثة.

ـ ومنها: إذا ماتت عن زوجٍ، وأختٍ لأب وأمٍّ، وخنثىٰ لأب: منِ اثنين: للزوج النصفُ سهمٌ، وللأختِ النصفُ سهمٌ، ولا شيءَ للخنثىٰ، بالإجماع؛ لأن الخنثىٰ متىٰ وُرِّثَ في حالٍ دون حال: لا يرثُ بالشك.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: للخنثىٰ نصفُ ميراثِ الذَّكَر، ونصفُ ميراث الأنثىٰ، وهو قول الإمامِ الشعبي) واسمه عامر بن شراحِيل.

* قوله: (واختلفا في قياسِ قوله)، يعني قول الشعبي:

(فقال أبو يوسف: المالُ بينهما علىٰ سبعةِ أسهمٍ: للابن أربعةٌ، وللخنثىٰ ثلاثةٌ).

ووجهه: أن الابن يستحقُّ الكلَّ إذا انفرد، والخنثىٰ ثلاثة أرباع، فعند

وقال محمد : المالُ بينـهما علىٰ اثـني عـشر سـهماً : للابـن سـبعةٌ، وللخنثىٰ خمسةٌ.

الاجتماع: يُقسم بينهما علىٰ قدر حقَّيْهما، هذا يُضرب بثلاثة، وذاك بأربعة، لأن نصيب الابنِ أربعةُ أرباعٍ، ونصيب الخنثىٰ ثلاثةُ أرباع.

* قوله (وقال محمد: المال بينهما علىٰ اثني عشر سهماً: للابن سبعةٌ، وللخنثىٰ خمسةٌ).

ووجهه: أن يقول: لو كان ذكراً: لكان له النصف، ولو كان أنثىٰ: كان له الثلث، فيُعطىٰ نصفَ النصف، ونصفَ الثلث، فيُحتاج إلىٰ حسابٍ: لنصفه نصفٌ، ولثلثه نصفٌ، وأقلُّه اثنا عشر، فيعطيه نصفَ النصف، وهو ثلاثةٌ، ونصفَ الثلث وهو سهمان، فذلك خمسةٌ، وللابن سبعة.

ـ وطريقٌ أخرىٰ: أن تقول: لو كان ذكراً: كانت من اثنين، ولو كان أنثىٰ: كانت من ثلاثة، فاضرِب إحداهما في الأخرىٰ: يكون ستة، فالنصف بينهما، للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين، ثم اقسِم النصفَ الثاني بينهم نصفين، فينكسر، فأضعِف الفريضةَ، وهي ستة: تكون اثني عشر، ثم اقسِم النصفَ بينهما، للذكر مثل حظِّ الأنثيين: فيكون للخنثىٰ سهمان، وللابن أربعةٌ، ثم اقسِم النصف الثاني بينهما نصفين، فيحصل للخنثىٰ ثلاثةٌ إلىٰ هذين السهمين: يكون خمسة.

ـ وإن شئتَ قلتَ: لو كان الخنثىٰ ذكراً: لكان المال بينهما نصفين، وإن كان أنثىٰ: فهو أثلاث، فاحتجتَ إلىٰ شيءٍ له نصف وثلث، وذلك ستة: ففي حال: المال بينهما نصفان: للخنثىٰ ثلاثة، وللابن ثلاثة.

. . . .

وفي حال: أثلاث: للخنثىٰ سهمان، وللابن أربعة.

فسهمان للخنثىٰ ثابتان بيقين، ووقع الشكُّ في السهم الزائد، فيتنصَّف، فيكون له سهمان ونصف، فانكسَر، فأضعِفه علىٰ ما تقدم.

فثلاثة من سبعة: أكثرُ من خمسةٍ من اثني عشر؛ لأنك لو زدتَ نصفَ السُّبُع علىٰ ثلاثة أسباع: يصير نصف المال، والخمسةُ لا تصير نصف المال إلا بزيادة سهمٍ من اثني عشر، وذلك نصفُ السدس، وهو أكثر من نصف السُّبُع.

فثبت أن ما قاله أبو يوسف أنفعُ للخنثىٰ.

ـ والطريق الواضح: أن تضرب السبعةَ في الاثني عشر حيث لا موافقة بينهما: تكون أربعةً وثمانين، ثم اضرِب مَن له شيءٌ مِن سبعةٍ في اثني عشر: فيكون للخنثىٰ ستةٌ وثلاثون.

واضرِب مَن له شيءٌ من اثني عشر في سبعة، وللخنثىٰ خمسةٌ من اثني عشر مضروبةٌ في سبعةٍ: يكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت سهمٌ من أربعةٍ وثمانين، وهو نصفُ سدس سُبُعٍ، والله أعلم.

* * * * *

كتاب المفقود

إذا غاب الرجلُ، ولم يُعْرَف له موضعٌ، ولا يُعلَم أحيٌّ هو أم ميت؟ نَصَبَ القاضي مَن يَحفظُ مالَه، ويقومُ عليه، ويستوفي حقوقَه، . . . .

كتاب المَفقود

هو الذي يَخرج في جهةٍ، فيُفقَد، ولا تُعرَف جهتُه، ولا موضعُه، ولا يَستبين أمرُه، ولا حياتُه ولا موتُه، أو يأسِرُه العدوُّ، ولا يَستبين أمرُه، ولا قتلُه ولا حياتُه.

* قال رحمه الله: (إذا غاب الرجلُ ولم يُعرَف له موضعٌ، ولم يُعلَم أحيٌّ هو أم ميتٌ؟ نَصَبَ القاضي مَن يحفظُ مالَه، ويقومُ عليه، ويستوفي حقوقَه).

لأنه نُصب ناظراً لكل عاجزٍ عن النظر لنفسه، والمفقودُ بهذه الصفة؛ لأنه عاجزٌ عن حفظ مالِه، فصار كالصبي والمجنون.

ـ وقوله: ويستوفي حقوقَه: يعني الديونَ التي أقرَّ بها غريمٌ من غرمائه، ويستوفي غَلاَّته، يتقاضاها، ويخاصم في دَيْنٍ وجب بعقده.

ولا يخاصِمُ في الذي تولاه المفقود، ولا في نصيبٍ له في عقار، أو عروضٍ في يد رجل؛ لأنه ليس بمالكٍ ولا نائبٍ عنه، وإنما هو وكيلٌ

. . . .

بالقبض من جهة القاضي، وأنه لا يَملك الخصومة بلا خلاف، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدَّيْن.

ـ وما كان يُخاف عليه الفساد من مال المفقود: أَمَرَ القاضي ببيعه، كالثمار ونحوها.

ـ وما لا يُخاف عليه الفساد: لا يُباع، لا في نفقةٍ ولا في غيرها؛ لأن القاضي لا ولايةَ له علىٰ الغالب إلا في حفظِ ماله، وما لا يُخاف عليه الفساد: محفوظٌ بنفسه.

ـ قال الخُجَنديُّ: المفقودُ ميتٌ في حق نفسه، حيٌّ في حق غيره.

ومعنىٰ قوله: ميتٌ في حق نفسه: أنه لا يرثُ من غيره؛ لجواز أنه قد مات قبل موت مورِّثه، فلا يرثُ بالشك.

وحيٌّ في حقِّ غيره: حتىٰ إنه لا يُورَث منه، ولا يُقسَم مالُه بين ورثته؛ لأنا عرفنا المالَ له بيقين، فلا يزول عنه بالشك.

ـ وكذا لا تَبِين منه امرأتُه؛ لأنا عرفنا النكاحَ قائماً بينهما، فلا يزول بالشك.

وقد قيل: إن المفقود حيٌّ في حق نفسه، ميتٌ في حقِّ غيره، علىٰ عكس الأول.

أما كونه حياً في حقِّ نفسه: فإنا لا نُزيلُ أملاكَه عنه؛ لاستصحاب الحياة فيه، وميتٌ في حقِّ غيره، حتىٰ لا نُورِّثه من غيره، لأنا لا نتيقَّن حياتَه، فلا نورِّثه بالشك.

ويُنْفِقُ علىٰ زوجته وأولادِه الصغارِ من ماله.

ولا يُفرَّقُ بينه وبين امرأته.

---

* قوله: (ويُنفِقُ علىٰ زوجته وأولادِه من ماله)، يعني أولاده الصغار.

ـ وكذا يُنفِقُ علىٰ أبويه من ماله، وعلىٰ جميع قرابة الوِلاد.

ـ والأصل: أن كلَّ مَن يَستحقُّ النفقةَ في ماله حالَ حضرته بغير قضاء القاضي: يُنفِق عليه من ماله عند غَيْبته؛ لأن القضاء حينئذٍ يكون إعانةٌ.

وكلَّ مَن لا يَستحقُّها حالَ حضرته إلا بالقضاء: لا يُنفِق عليه من ماله في غيبته؛ لأن النفقة حينئذٍ تجب بالقضاء، والقضاءُ علىٰ الغائب لا يجوز.

فمن الأول: الأولادُ الصغار، والإناثُ من أولاده الكبار، والزَّمْنىٰ من الذكور الكبار.

ومن الثاني: الأخُ والأختُ والخال والخالة.

ـ وقوله: من ماله: يعني الدراهم والدنانير والكسوة والمأكول، فأما ما سوىٰ ذلك، من الدور والعقار والحيوان والعبيد: فلا يُباع، إلا الأب فإنه يبيع المنقولَ في النفقة عند أبي حنيفة، ولا يبيع غيرَ المنقول، وعندهما: لا يبيع شيئاً.

* قوله: (ولا يُفرَّقُ بينه وبين امرأته).

وقال مالكٌ[1]: إذا مضت أربعُ سنين يُفرِّق القاضي بينهما، وتعتدُّ عدةَ

---

(١) جواهر الإكليل ١/٣٨٩.

. . . .

الوفاة، ثم تتزوج مَن شاءت؛ «لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضىٰ في الذي استهوتْه الجنُّ في المدينة»(١)، وكفىٰ به إماماً وقدوةً.

ولأنه مَنَعَ حقَّها بالغَيْبة، فيُفرَّق بينهما بعد مضيٍّ مدةٍ، اعتباراً بالإيلاء والعُنَّة، وبعد هذا الاعتبار أَخَذَ المقدارَ منهما الأربعَ من الإيلاء، والسنين من العُنَّة؛ عملاً بالشبَهَيْن. كذا في «الهداية»(٢).

ولنا: «قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود: إنها امرأتُه حتىٰ يأتيَها البيان»(٣).

وقول علي رضي الله عنه: «هي امرأتُه، ابتُلِيَتْ، فلتصبر حتىٰ يستبين موتٌ أو طلاقٌ»(٤).

خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع.

وعمر رضي الله عنه رجع إلىٰ قول علي رضي الله عنه.

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١٢٣٢١)، سنن سعيد بن منصور (١٧٥٥)، سنن البيهقي ٧/٤٤٥، نصب الراية ٣/٤٧١.

(٢) ٢/١٨١.

(٣) سنن الدارقطني ٤/٤٨٣، سنن البيهقي ٧/٤٤٥، قال: وسوار: ضعيف، نصب الراية ٣/٤٧٣، التعريف والإخبار ٢/٤٣٩، وبيَّن ضعفه.

(٤) مصنف عبد الرزاق (١٢٣٣٢)، سنن البيهقي ٦/٢٦٠، نصب الراية ٣/٤٧٣.

فإذا تمَّ له مائةٌ وعشرون سنةً من يوم وُلِد: حَكَمْنا بموته، واعتدَّت امرأتُه، وقُسِم مالُه بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت.

ومَن مات منهم قبل ذلك: لم يَرِثْ منه شيئاً.

ـ ولو قضىٰ في امرأة المفقود علىٰ قول عمر: لا يَنفُذ؛ لأنه قد صحَّ رجوعُ عمر إلىٰ قول علي رضي الله عنهما.

وكان الإمامُ السمرقنديُّ يفتي بأنه ينفذ. كذا في «الفتاوىٰ الظهيرية».

* قوله: (فإذا تمَّ له مائةٌ وعشرون سنةً من يوم وُلد: حكَمْنا بموته، واعتدَّت امرأتُه).

هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي ظاهر المذهب: يُقدَّر بموت الأقران.

وفي المرويِّ عن أبي يوسف: بمائة سنة.

وقدَّره بعضُهم بتسعين سنة.

ـ فإذا حُكم بموته: وجب علىٰ امرأته عدةُ الوفاة من وقت الحكم بموته.

* قوله: (وقُسِم مالُه بين ورثته الموجودِين في ذلك الوقت)، كأنه مات في ذلك الوقت معاينةً.

* قوله: (ومَن مات منهم قبل ذلك: لم يَرِث منه)؛ لأنه قبل الحكم بموته مُبقًّى علىٰ الحياة.

ولا يرثُ المفقودُ من أحدٍ مات في حال فَقْده.

---

* قوله: (ولا يرثُ المفقودُ من أحدٍ مات في حال فَقْده)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه ميتٌ في حق غيره، فلا يرثُ؛ لكونه ميتاً في حق غيره، بل يوقَف نصيبُه، ولا يُصرف لما عليه من الحقوق.

ـ وكذا إذا أُوصي له بوصية: كانت موقوفةً؛ لأنه يَحتمل أن يكون ميتاً: فلا يصح، ويحتمل أن يكون حياً: فيصح، فلهذا وُقِفت، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الإباق

إذا أَبَقَ المملوكُ، فردَّه رجلٌ علىٰ مولاه من مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ فصاعداً : فله عليه الجُعْلُ : أربعونَ درهماً.

كتاب الإباق

والإباقُ هو: التمرُّد والانطلاقُ.

وهو من سوء الأخلاق، ورداءةِ الأعراق.

ـ وردُّه إلىٰ مولاه: إحسانٌ، وهل جزاءُ الإحسان إلا الإحسان.

ـ وأَخْذُ الآبق أفضلُ من تَرْكه في حقِّ مَن يَقوىٰ عليه؛ لِمَا فيه من إحيائه.

ـ قال الثعالبي: الآبق: الهاربُ من غير ظلم السيد له، فإن هرب من الظلم: لا يسمىٰ آبقاً، بل يسمىٰ: هارباً.

فعلىٰ هذا: الإباق عيبٌ، والهربُ ليس بعيب.

* قال رحمه الله: (إذا أَبَقَ المملوكُ، فردَّه رجلٌ علىٰ مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً: فله عليه جُعْلٌ أربعون درهماً).

هذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يجب شيءٌ إلا بالشرط.

ـ وأما ردُّ العبد الضالِّ، أو الشاةِ أو البعير: فلا شيءَ فيهم.

وإن رَدَّه لأقلَّ من ذلك : فبحسابه .

---

* قوله: (وإن كان رَدَّه من أقلَّ من ذلك: فبحسابه).

ـ وفي «الهداية»[1]: يُقدَّر الرَّضْخُ[2] في الردِّ عمَّا دون الثلاث: باصطلاحهما[3]، أو يُفوَّض إلىٰ رأي القاضي.

وقيل: تُقسم الأربعون علىٰ الثلاثة الأيام.

ـ وإن جاء بالآبق رجلٌ إلىٰ مولاه، فأنكر مولاه أن يكون آبقاً: فالقول قول المولىٰ؛ لأنه يدَّعي بردِّه وجوبَ حقٍّ علىٰ المولىٰ، وهو يُنكره، فإن أقام بينةً أنه آبقٌ من يد مولاه، أو أن مولاه أقرَّ بذلك: قُبِلت بينتُه.

ـ ويجب الجُعْل في ردِّ المدبَّر، وأمِّ الولد إذا كان في حياة المولىٰ.

ـ فإن مات المولىٰ قبل أن يصل بهما: فلا شيءَ له؛ لأنهما عَتَقَا بموته.

ـ ويجب الجُعل في ردِّ المأذون؛ لأنه عبدٌ، وإباقه حَجْرٌ عليه.

ـ وإن أَبَقَ المكاتب، فردَّه رجلٌ علىٰ مولاه: فلا شيءَ له؛ لأن المكاتب في يد نفسه، فلم يَستفد المولىٰ بالردِّ مِلكاً زال عنه بالإباق.

ـ فإن كان الرادُّ اثنين، والعبدُ واحداً: فجُعْلُ الواحد بينهما.

---

(١) ٢/ ١٧٩.

(٢) هو العطاء القليل من الكثير.

(٣) أي باصطلاح الرادِّ والمالك. البناية ٩/ ٤٩٠، وأنبِّه هنا إلىٰ أن نص الهداية كما جاء فيها: «عما دون السفر»، أما نص الجوهرة: «عما دون الثلاث»، وكأنه فسَّر السفر بأقل مدة السفر، وهي ثلاثة أيام، فنقل النص بالمعنىٰ، والله أعلم.

. . . .

ـ وكذا إذا كان السيدُ اثنين، والعبدُ واحداً: فالجُعل بينهما علىٰ قدر الملك.

ـ وإن كان العبد اثنين، والسيدُ واحداً: فعليه جُعلان.

ـ ولمن جاء بالآبق أن يُمسِكه بالجُعل، فإن هلك في يده: فلا ضمان عليه إذا كان يُمسكه بالجُعل.

وكذا لا جُعل له؛ لأن الجُعل سقط بالهلاك.

ـ وإن جاء بالآبق، فوجد السيدَ قد مات: فالجُعل في تركته.

ـ فإن كان علىٰ المولىٰ دينٌ يحيط بماله: فله الجُعل، وهو أحق بالعبد حتىٰ يعطىٰ الجُعلَ.

ـ وإن لم يكن له مالٌ غيرُه: بِيْعَ العبد، وبُدئ بالجُعل، ثم قُسِم الباقي بين الغرماء.

ـ وإن كان الرادُّ ذا رَحِمٍ مَحْرَم من المولىٰ، كالأخ والعمِّ والخال، وسائر ذوي الأرحام: إن كان في عياله: فلا جُعلَ له، وإن لم يكن في عياله: فله الجعل.

ـ وإن وجد الرجلُ عبدَ أبيه، فردَّه: فلا جُعلَ له، سواء كان في عياله أو لم يكن.

ـ وكذا المرأة والزوج.

وإن كانت قيمتُه أقلَّ من أربعين درهماً: قُضِيَ له بقيمته إلا درهماً.

ـ وإن وجد الأبُ عبدَ ابنِه: إن لم يكن في عياله: فله الجُعلُ، وإن كان في عياله: فلا جُعلَ له.

ـ قال في «الهداية»[1]: إذا كان الرادُّ أباً للمولىٰ، أو ابنَه، وهو في عياله، أو ردَّه أحدُ الزوجين علىٰ الآخر: فلا جُعلَ فيه؛ لأن هؤلاء يتبرَّعون بالردِّ عادةً.

ـ وإن أبق عبدُ الصبي، فردَّه إنسانٌ: فالجُعل في مال الصبي.

ـ وأما إذا ردَّه وصيُّه: فلا جُعلَ له؛ لأنه ردَّه إلىٰ يد نفسه.

ـ وإن ردَّ السلطانُ آبقاً علىٰ مولاه: فلا جُعلَ له؛ لأنه فَعَلَ ما هو واجبٌ عليه، كالوصيِّ. كذا في «الينابيع».

* قوله: (وإن كانت قيمتُه أقلَّ من أربعين درهماً: قُضي له بقيمته إلا درهماً)، هذا قولهما.

وقال أبو يوسف: يجب له أربعون درهماً وإن كانت قيمتُه درهماً واحداً؛ لأن التقدير بالأربعين ثبت بالنص[2]، فلا يُنقص عنها؛ لأن الصحابة حين أوجبوا ذلك لم يفصلوا بين قليلِ القيمة وكثيرها.

ولهما: أن المقصود حَمْلُ الغير علىٰ الردِّ، ليحيا مالُ المالك، فيُنقص درهماً، ليسلم للمالك شيءٌ؛ تحقيقاً للفائدة.

---

(١) ٢/ ١٧٩.

(٢) ينظر نصب الراية ٣/ ٤٧٠.

وإن أَبَقَ مِن الذي ردَّه : فلا شيءَ عليه، ولا جُعْلَ له .

---

* قوله: (وإن أبق مِن الذي ردَّه: فلا شيءَ عليه)؛ لأنه أمانةٌ في يده.

ـ لكن هذا إذا أشهد حين أَخَذَه.

وفي بعض النسخ: فلا شيءَ له: وهو صحيحٌ؛ لأنه في معنىٰ البائع من المالك.

ـ ولهذا: كان له أن يحبسَ الآبقَ حتىٰ يستوفيَ الجُعلَ، بمنزلة البائع يحبس المبيعَ؛ لاستيفاء الثمن.

ـ ولهذا إذا مات في يده: لا شيءَ له.

ـ وإن أعتقه المولىٰ في حال إباقه، وجاء به رجلٌ: لم يستحق شيئاً من الجُعل؛ لأن الملك زال بالعتق، فصار كأنه ردَّ حراً.

ـ وإن أعتقه حين ردَّه: فله الجُعلُ؛ لأنه بالعتق قابضٌ له، فصار كما لو قبضه، ثم أعتقه.

ـ وكذا إذا باعه من الرادِّ: كان له الجُعل؛ لأنه لا يتمكن من بيعه إلا بعد قبضه، وبقبضه: يستحقُّ الجُعلَ، ولأنه قد سَلَّم له البدلَ.

ـ ولو مات العبدُ قبل أن يردَّه: فلا شيءَ له.

ـ ثم إن كان أشهد عليه حين أخذه: فلا ضمانَ عليه؛ لأنه لمَّا أشهد: صار أَخْذُه علىٰ وجه الأمانة، فلا يَضمن إلا بالتعدي.

وإن لم يُشهِد: ضمن عندهما، وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه.

وينبغي أن يُشهِد إذا أخذه : أنه يأخذه ليردَّه علىٰ مالكِه .

فإن كان العبدُ الآبقُ رهناً : فالجُعْل علىٰ المرتهِن .

---

* قوله: (وينبغي أن يُشهِد إذا أخذه أنه يأخذُه ليردَّه علىٰ مولاه)؛ لأنه يجوز أن يكون قد أَخَذَه لنفسه، فاشتُرطت الشهادةُ؛ لتزول التهمة.

ـ قال في «الهداية»(١): الإشهادُ حَتْمٌ في قول أبي حنيفة ومحمد، حتىٰ لو ردَّه مَن لم يُشهِد وقت الأخذ: لا جُعل له عندهما؛ لأن تَرْكَ الإشهادَ أمارةُ أنه أخذه لنفسه.

ـ وإذا جاء بالآبق إلىٰ مولاه، فوهبه له قبل أن يَقبضه: فلا جُعلَ له.

ـ وإن قبضه، ثم وهبه: فله الجُعلُ.

ـ وإن أدخله مصرَ مولاه، فأبق قبل أن يصل به إلىٰ مولاه :فلا جُعل له.

ـ فإن جاء به رجلٌ بعد ذلك: فللذي جاء به الجُعلُ إذا ردَّه من مسيرة ثلاثة أيام، ولا شيءَ للأول.

ـ قال في «شرحه»: ويجوز عِتْقُ الآبق عن ظِهاره إذا كان حياً؛ لأنه باقٍ علىٰ ملكه.

ـ ولا يجوز بيعه إلا ممن هو في يده؛ لأنه غيرُ مقدورٍ علىٰ تسليمه، وإنما جاز بيعُه علىٰ من هو في يده؛ لأنه قادرٌ علىٰ قبضه.

* قوله: (وإن كان الآبقُ رهناً: فالجُعل عن المرتهِن).

---

(١) ١٧٩/٢.

. . . .

وإباقُه لا يُخرجه عن الرهن.

ـ والردُّ في حياة الراهن وبعده: سواءٌ؛ لأن الرهن لا يَبطل بالموت.

ـ وهذا إذا كانت قيمتُه مثلَ الدين أو أقل منه، فإن كانت أكثرَ: فبقدر الدين الذي عليه، والباقي علىٰ الراهن؛ لأن حقَّه تعلَّق بالقدر المضمون.

ـ ثم إن كانت قيمتُه والدينُ سواء: أدىٰ الراهن الجُعلَ: حُسِبَ قضاءً من دين المرتهن.

ـ ولو كان الآبقُ أمةً ومعها ولدٌ رضيعٌ: فالجُعلُ واحدٌ، ولا عبرة بالولد. كذا في «الينابيع»، والله أعلم.

* * * * *

كتاب إحياء المَوَات

المَوَاتُ: ما لا يُنتفَعُ به من الأرض؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك مما يَمنعُ الزراعةَ.

فما كان منها عادِيَاً لا مالكَ له، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يُعرَفُ له مالكٌ بعَيْنه، وهو بعيدٌ من القرية، بحيث إذا وَقَفَ إنسانٌ في أقصىٰ العامر، فصاح: لم يُسمَع الصوتُ فيه: فهو مَوَاتٌ.

كتاب إحياء المَوَات

أرضُ المَوَات: هي التي لم تكن مِلكاً لأحدٍ، ولم تكن من مَرَافق البلد، وكانت خارجَ البلد، قَرُبتْ من البلد أو بَعُدت.

* قال رحمه الله: (المَوَات: ما لا يُنتفَعُ به من الأرض؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغَلَبَة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك مما يَمنَعُ الزراعةَ)، بأن صارت سَبِخَةً[1] أو نَزَّةً؛ لأن الانتفاعَ يدل علىٰ الحياة.

* قوله: (فما كان منها عادِيَاً، لا مالكَ له، أو كان مملوكاً في الإسلام، ولا يُعرَف له مالكٌ بعينه، وهو بعيدٌ من القرية، إذا وقف إنسانٌ في أقصىٰ العامر، فصاح: لم يُسمَع الصوتُ منه: فهو مَوَاتٌ).

---

(١) أي مَلِحَةً. المصباح المنير.

ومَن أحياه بإذن الإمام : مَلَكَه .

وإن أحياه بغير إذنه : لم يملِكْه عند أبي حنيفة، وقالا : يملكه .

ـ العادِي: هو ما تقدَّم خرابُه، لا أنه مكانٌ لعَادٍ؛ لأن جميع الموات لم تكن لعَادٍ.

ـ وقوله: إذا وقف إنسان في أقصىٰ العامر: يعني إنساناً جَهْوَرِيَّ الصوت.

وهذا الذي اختاره الشيخ قولُ أبي يوسف.

ـ وذكر الطحاوي أن ما ليست ملكاً لأحد، ولا هي من مرافق البلد، وكانت خارجَ البلد، سواء قرُبت أو بعُدت: فهي مَواتٌ، وهو قول محمد.

فأبو يوسف اشترط البعدَ؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية: لا ينقطع ارتفاقُ أهلِها عنه.

ومحمدٌ اعتبر انقطاعَ ارتفاقِ أهل القرية عنها حقيقة.

* قوله: (ومَن أحياه بإذن الإمام: مَلَكَه، وإن أحياه بغير إذن الإمام: لم يَمْلِكْه عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يَمْلِكُه).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أحيا أرضاً ميتةً: فهي له»[1].

ولأبي حنيفة: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ليس للمرء إلا ما طابتْ به نفسُ إمامه»[2].

---

(١) سنن الترمذي (١٣٧٩)، وقال: حسن صحيح.

(٢) المعجم الكبير للطبراني (٣٥٣٣)، وفي مجمع الزوائد ٣٣١/٥: فيه عمرو

ويَملكُ الذميُّ بالإحياء كما يَملكُ المسلمُ.

ولأنه حقٌّ للمسلمين، فليس لأحدٍ أن يختصَّ به بدون إذن الإمام، كمال بيت المال.

ـ ثم عند أبي حنيفة إذا لم يَملكها بالإحياء، ومَلَّكه إياها الإمامُ بعد الإحياء: تصير ملكاً له.

ـ والأَوْلىٰ للإمام أن يَجعلَها له إذا أحياها، ولا يَستردَّها منه، وهذا إذا ترك الاستئذانَ جهلاً.

أما إذا تَرَكَه تهاوناً بالإمام: كان له أن يستردَّها؛ زجراً له.

فإذا تَركَها له الإمامُ: تَركَها بعُشرٍ أو خراج.

ـ وفي «الهداية»[1]: يجب فيها العُشر؛ لأن ابتداء توظيف الخراج علىٰ المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاها بماء الخراج، حينئذٍ يكون إبقاءُ الخراج علىٰ اعتبار الماء.

* قوله: (ويَملك الذميُّ بالإحياء كما يَملك المسلمُ)؛ لأن الإحياء سببُ الملك، إلا أن عند أبي حنيفة إذن الإمام من شَرْطه.

ابن واقد، وهو متروك، معرفة السنن والآثار (١٢١٧٥)، وقال: لا حجةَ في هذا الإسناد. اهـ، أما العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٢/٤٧٣ فقال: رواه الطبراني، وفيه ضعف، وذكر أحاديث في الصحاح يُستدل بها للمسألة بدل الاستدلال بالحديث المذكور أعلاه.

(١) ٤/٩٩.

ومَن حَجَّر أرضاً ولم يَعْمُرْها ثلاثَ سنين : أَخَذَها الإمامُ منه، ودفعها إلىٰ غيره.

---

* قوله: (ومَن حَجَّر أرضاً، ولم يُعْمُرْها ثلاثَ سنين: أَخَذَها الإمامُ منه، ودَفَعَها إلىٰ غيره).

حجَّر: بالتشديد، ويُروىٰ بالتخفيف أيضاً.

لأنه إذا ترك عمارتَها ثلاثَ سنين: فقد أهملها، والمقصودُ من دار الإسلام إظهارُ عمارة أراضيها؛ تحصيلاً لمنفعة المسلمين، من حيث العُشر أو الخراج.

ولأن التحجير ليس بإحياءٍ يَملك به، وإنما الإحياء هو العمارة، والتحجيرُ إنما هو للإعلام، سمِّي به؛ لأنهم كانوا يُعلِّمونه بوضع الحجارة حولَه، أو يُعلِّمونه لحَجْر غيرِهم عن إحيائه.

ـ وإنما قَدَّره بثلاث سنين؛ لأن الغالب أن الأراضي تُزرع في السنة مرةً، وأكثرُ ما جُعل للارتياء[1] في جنس ما يُستدل به علىٰ الرغبة والاختيار: الثلاثُ، وهي الثلاثُ من ذلك النوع، فإذا تركها هذا القدر: فالظاهر أنه قَصَدَ إتلافَها وموتها، فوجب علىٰ الإمام إزالةُ يده عنها.

وهذا كله ديانةً، أما إذا أحياها غيرُه قبل مضيٍّ هذه المدة: ملَكَها، وإنما هذا كالاستيام، فيُكره، ولو فَعَلَه: جاز العقد.

---

(١) أي لمعرفة ما ارتآه.

ولا يجوز إحياءُ ما قَـرُب مـن العـامر، ويُتـرَكُ مرعـىً لأهـل القريـة، ومَطْرَحاً لحصائدهم.

ومَن حَفَرَ بئراً في بَرِّيَّةٍ: فله حَرِيمُها.

فإن كانت البئر للعَطَن: فحريمُها من كلِّ جانبٍ أربعون ذراعاً.

وإن كانت للناضح: فحريمُها: ستونَ ذراعاً.

---

* قوله: (ولا يجوز إحياءُ ما قَرُب من العامر، ويُترَكُ مَرْعَىً لأهل القرية، ومَطْرَحاً لحصائدهم)، ومُحتَطَبهم؛ لتحقُّق حاجتهم إليها، فلا تكون مَواتاً؛ لتعلُّق حقِّهم بها.

* قوله: (ومَن حَفَرَ بئراً في بَرِّيَّةٍ: فله حريمُها).

معناه: إذا حَفَرَ في أرضٍ مواتٍ بإذن الإمام عند أبي حنيفة، وبإذنه وغير إذنه عندهما؛ لأن حَفْر البئر إحياءٌ، ولأن حريم البئر: كفِنَاء الدار، وصاحبُ الدار أحق بفِناء داره، فكذا حريم البئر.

* قوله: (فإن كانت البئرُ للعَطَن[1]: فحريمُها أربعون ذراعاً).

يعني من كل جانب أربعون، هو الصحيح، عَطَناً لماشيته.

ـ فإن كان الحَبْلُ الذي يَنزِعُ به يجاوِزُ الأربعين: فله منتهىٰ الحَبْل؛ لأن الحاجة داعيةٌ إلىٰ ذلك. كذا في «شرحه».

* قوله: (وإن كانت للنَّاضح: فحريمُها ستون ذراعاً)، هذا عندهما.

---

(١) أي مُناخ الإبل ومَبْركها. المصباح المنير.

وإن كانت عَيْناً: فحريمُها ثلاثُمائةِ ذراعٍ.

فمَن أراد أن يَحفِرَ بئراً في حريمها: مُنِع منه.

وقال أبو حنيفة: أربعون، كما في العَطَن.

ـ والكلام في طول الحَبْل: كالكلام في العَطَن.

وعلىٰ قولهما: ستون من كل جانب. ذكره الخُجَنْدي.

ـ والذراع المعتبر: يزيد علىٰ ذراع العامة بقُبضة.

ـ والناضح: البعير الذي يُستقىٰ عليه الماء.

* قوله: (وإن كانت عيناً: فحريمُها ثلاثُمائة ذراع).

ـ وفي «الهداية»[1]: خمسُمائة ذراع؛ لأن العين تُستخرَج للزراعة، فلا بدَّ من موضعٍ يجري فيه الماءُ، ومن حَوْضٍ يَجتمع فيه الماءُ، ومن نهر يجري فيه الماءُ إلىٰ المزرعة، فلهذا قُدِّر بالزيادة.

والتقديرُ بخمسمائة: من كل جانبٍ.

* قوله: (ومَن أراد أن يَحفِرَ في حريمِها بئراً: مُنِع منه)؛ كي لا يؤديَ إلىٰ تفويت حقِّه، والإخلالِ به، فإن حفر: فللأول أن يكْبِسها تبرُّعاً.

ـ فإن أراد أن يأخذ الثاني بكَبْسها: قيل: له ذلك؛ لأن حَفْرَه جنايةٌ منه، كما في الكُنَاسة يُلقيها في دار غيره، فإنه يُؤخذ برَفْعها.

وقيل: يُضمِّنُه النقصانَ، ثم يكْبِسُها لنفسه، وهو الصحيح.

---

(١) ٤/١٠٠.

وما تَرَكَ الفراتُ، أو الدِّجلةُ، وعَدَلَ عنه ويجوز عَوْدُه إليه : لم يَجُزْ إحياؤه.

وإن كان لا يجوز أن يعود إليه : فهو كالمَوَات إذا لم يكن حريماً لعامرٍ، يَملكُه مَنْ أحياه بإذن الإمام عند الإمام.

ـ وإن حفر الثاني بئراً وراءَ حريمِ الأُولىٰ، فذهب ماءُ البئر الأُولىٰ: فلا شيءَ عليه؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في الحفر.

ـ وللثاني الحريمُ من الجوانب الثلاثة، دون الجانب الأول، لسَبْق ملك الحافر الأول فيه.

ـ والشجرة تُغرس في أرضِ مواتٍ لها حريمٌ أيضاً، حتىٰ لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمه؛ لأنه يَحتاج إلىٰ حريمٍ له؛ ليَجُذَّ فيه ثمرَه، ويضعَه فيه، وهو مقدَّرٌ بخمسة أذرع. كذا في «الهداية»[1].

* قوله: (وما تَرَكَ الفراتُ أو الدِّجْلةُ، وعَدَلَ عنه الماء:

فإن كان يجوز عَوْده إليه: لم يجز إحياؤه)؛ لحاجة العامة إلىٰ كونه نهراً.

* قوله: (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه: فهو كالمَوات، إذا لم يكن حريماً لعامرٍ، يَملكه مَن أحياه بإذن الإمام).

واشتراطُ إذن الإمام إنما هو قول أبي حنيفة.

---

(١) ١٠١/٤.

ومَن كان له نهرٌ في أرض غيره: فليس له حريمُه عند أبي حنيفة، إلا أن يُقيمَ البينةَ علىٰ ذلك.

وقالا: له مُسَنَّاةٌ يمشي عليها، ويُلقي عليها طينَه.

---

* قوله: (ومَن كان له نهرٌ في أرض غيره: فليس له حريمٌ عند أبي حنيفة، إلا أن يقيمَ البينةَ علىٰ ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: له مُسَنَّاةٌ يمشي عليها، ويُلقي عليها طينَه)؛ لأن النهر لا يُنتفَع به إلا بحريمٍ يُلقي عليه طينَه، ويجتاز عليه إلىٰ النهر؛ ليَنظرَ مصالحَه، فكان الظاهر أن الحريم له.

ولأنه يَحتاج إلىٰ المشي؛ لتسييل الماء عنه، ولا يُمكنه المشيُ عادةً في بطن النهر، ولا يُمكنه إلقاءُ الطين إلىٰ مكانٍ بعيدٍ إلا بحَرَجٍ، فيكون له الحريمُ؛ اعتباراً بالبئر.

ولأبي حنيفة: أن الحريم في البئر عَرَفْناه بالأثر، ولأن الانتفاع بالماء في النهر ممكنٌ بدون الحريم، ولا يُمكن في البئر إلا بالاستقاء، ولا استقاءَ إلا بالحريم.

ـ وقوله: مُسَنَّاة: وهي الطريق، وقيل: هي الزُّبَيْر، بلُغَتنا[1].

ـ فعند أبي يوسف: له قَدْرُ نصف بطن النهر من كل جانب.

وعند محمد: قَدْرُ جميعه من كل جانب.

---

(١) ومعلومٌ أن المؤلف رحمه الله من أهل اليمن المبارك.

. . . .

وثمرة الخلاف: أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وعندهما: لصاحب النهر.

ـ وأما إلقاءُ طينِ النهر عند أبي حنيفة: فاختَلف فيه المشايخُ:

قال بعضُهم: ينقله إلىٰ موضعٍ غيرِ مملوكٍ لأحدٍ، وقال بعضُهم: له أن يُلقيه علىٰ المُسَنَّاة ما لم يفحش.

ـ وأما المرور: فقد قيل: يُمنَع منه عنده، وقيل: لا يُمنَع؛ للضرورة.

وقال أبو جعفر: نأخذ بقوله في الغَرْس، وبقولهما في إلقاء الطين، والله أعلم.

* * * * *

كتاب المأذون

إذا أَذِنَ المولىٰ لعبده في التجارة إذناً عاماً: جاز تصرُّفُه في سائر التجارات، يشتري، ويبيعُ، . . . .

كتاب المأذون

الإذنُ: عبارةٌ عن فَكِّ الحَجْر، وإسقاطِ الحقِّ عندنا.

ـ والعبدُ بعد ذلك يتصرَّف لنفسه بأهليته؛ لأنه بعد الإذن: بقيَ أهلاً للتصرف بلسانه الناطق، وعقلِه المميِّز.

وانحجارُه عن التصرف لحقِّ المولىٰ؛ كي لا يتعلَّق الدينُ برقبته أو كَسْبه، وذلك مالُ المولىٰ، فلا بدَّ من إذنه؛ كي لا يبطل حقُّه من غير رضاه.

* قال رحمه الله: (إذا أَذِنَ المولىٰ لعبده في التجارة إذناً عاماً: جاز تصرُّفُه في سائر التجارات)، بأن يقول له: أذنتُ لكَ في التجارة، ولا يقيِّده.

* قوله: (يبيعُ، ويشتري)، يعني بمثل القيمة، وبنقصانٍ لا يُتغابن فيه عند أبي حنيفة، وبنقصانٍ يسيرٍ، إجماعاً.

ـ ولا يجوز عندهما بالغَبْن الفاحش؛ لأنه بمنزلة التبرُّع، فلا ينتظمه الإذنُ، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يُمكنُه الاحتراز عنه.

ويَرهَنُ، ويَسترهن.

ولأبي حنيفة[١]: أنه متصرِّفٌ بأهلية نفسه، فصار كالحرِّ.

ـ وعلىٰ هذا: الصبيُّ المأذونُ له.

ـ فإن حابىٰ العبدُ المأذونُ في مرضِ موته: يُعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دينٌ.

فإن كان: فمِن جميع ما بقي؛ لأن الاقتصار في الحرِّ علىٰ الثلث لِحَقِّ الورثة، ولا وارثَ للعبد.

ـ وإن كان الدَّيْنُ محيطاً بما في يده: يقال للمشتري: أدِّ جميعَ المحاباة، وإلا فاردُدِ المبيعَ، كما في الحرِّ.

ـ وله أن يُسلِم، ويَقبل السَّلَم؛ لأنه تجارةٌ.

ـ وله أن يوكِّل بالبيع والشراء؛ لأنه قد لا يَتفرَّغ بنفسه.

* قوله: (ويَرهنُ، ويَسترهِنُ)؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنها إيفاءٌ واستيفاءٌ.

ـ ويَملكُ أن يستأجر الأجراءَ والبيوتَ؛ لأنه من صنيع التجار.

ـ ويأخذَ الأرضَ مزارعةً؛ لأن فيه تحصيلَ الربح.

ـ وله أن يشارك شركةَ عِنان، ويدفعَ المالَ مضاربةً، ويأخذَها؛ لأنه من عادة التجار.

---

(١) أي في جواز بيعه بالغبن الفاحش. كما في السراج الوهاج.

وإذا أَذِن له في نوعٍ منها، دون غيره: فهو مأذونٌ في جميعها.

ـ وله أن يؤجِّر نفسَه عندنا، خلافاً للشافعي[١].

ـ وليس له أن يبيع نفسَه؛ لأنه يَنحجرُ، ولا أن يرهنَ نفسَه؛ لأنه يُحبَس، فلا يَحصل مقصودُ المولىٰ.

ـ أما الإجارة: فلا يَنحجرُ بها، ويحصلُ بها المقصودُ، وهو الربح.

* قوله: (وإن كان أَذِنَ له في نوعٍ بعَيْنه، دون غيره: فهو مأذونٌ له في جميعها)، مثل أن يأذن في البُرِّ: فإنه يجوز فيه، وفي غيره.

وقال زفر: لا يكون مأذوناً له إلا في ذلك النوع؛ لأن الإذن توكيلٌ وإنابةٌ من المولىٰ.

ولنا: أنه إسقاطُ الحق، وفكُّ الحَجْر، وعند ذلك تظهر مالكيةُ العبد، فلا يختص بنوعٍ دون نوع، بخلاف الوكيل، فإنه يتصرف في مال غيره.

ـ وإن وقَّت له الإذنَ، مثل أن يقول: أذنتُ لك شهراً في التجارة: فهو مأذونٌ له أبداً حتىٰ يحجر عليه؛ لأن إذنه إطلاقٌ من حَجْر، فلا يتوقف التصرفُ فيه، كالبلوغ والعتق.

ـ وكذا إذا رآه المولىٰ يبيع ويشتري، فلم يَنْهَه، وسكت عن ذلك: كان إذناً؛ لأنه يتصرف لنفسه، وللمولىٰ حقٌّ في تصرفه، فصار سكوته رضاً به، كما أن المشتري لمَّا كان متصرِّفاً لنفسه، وللشفيع حقٌّ في تصرفه: كان سكوته عن الطلب: إسقاطاً لحقِّه، كذا هذا.

---

(١) روضة الطالبين ٤/١٨١، حاشية قليوبي علىٰ شرح الجلال ٢/٣٠٢.

وإن أَذِن له في شيءٍ بعَيْنه: فليس بمأذونٍ.

ـ ولا يُشبِه هذا إذا رأىٰ رجلاً يبيع له شيئاً، فسكت عنه: لم يكن سكوتُه إذناً في جواز بيعه؛ لأن بائع عبدِ غيره إنما يصح تصرُّفه بالتوكيل، فإذا لم يوجد منه الرضا بالتوكيل: لم يصحَّ بيعُه.

ـ وإن قال له: أجِّرْ نفسَك، أو اقعُدْ قصَّاراً أو صبَّاغاً: فهو إذنٌ له في التجارة، وله أن يتصرف في ذلك وفي غيره؛ لأن الإجارة من التجارة، وذِكْرُ بعض التجارة: إذنٌ له في جميعها.

* قوله: (وإن أذِنَ له في شيءٍ بعينه: فليس بمأذونٍ له)؛ لأنه استخدامٌ، مثل أن يأمره بشراء ثوبٍ للكسوة، أو طعامٍ لأهله، وهذا لأنه لو صار مأذوناً بهذا: ينسدُّ عنه بابُ الاستخدام.

ـ ولو قال له: إذا جاء غدٌ فقد أذنتُ لك في التجارة: صار مأذوناً له إذا جاء غدٌ.

ـ وكذا إذا قال لرجل: إذا جاء غدٌ فأنتَ وكيلي، فجاء غدٌ: فإنه يكون وكيلاً.

ـ ولو قال لوكيله: إذا جاء غدٌ فقد عزلتُك، أو قال لعبده المأذون: إذا جاء غدٌ فقد حَجَرْتُ عليك، أو قال للمطلِّقة الرجعية: إذا جاء غدٌ فقد راجعتُك: فإنه لا يصح هذا كلُّه، ولا يصيرُ الوكيل معزولاً، ولا العبد محجوراً، ولا المطلقةُ مراجعةً.

وإقرارُ المأذون بالديون، والغُصوبِ : جائزٌ.

ـ ثم العبد لا يصير مأذوناً إلا بالعلم، حتىٰ لو قال المولىٰ: أذنتُ لعبدي في التجارة وهو لا يَعلم: لا يصير مأذوناً، كالوكالة.

ـ ولو قال: بايعوا عبدي فقد أذنتُ له في التجارة، فبايعوه والعبدُ لا يعلم بإذن المولىٰ: يصير مأذوناً، في رواية كتاب المأذون.

ومن أصحابنا مَن قال: يكون مأذوناً من غير خلاف.

ـ والحَجْرُ عليه لا يصح إلا إذا علم، فأما إذا لم يَعلم: لا يصير محجوراً.

ـ وإن حَجَرَ عليه في سُوقه وهو لا يَعلم: إن أخبره رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، عدلين كانا أو غير عدلين، أو رجلٌ عدلٌ وامرأةٌ عدلةٌ: صار محجوراً، بالإجماع.

ـ وإن كان المخبِر واحداً غيرَ عدل: لا يصير محجوراً إلا إذا صدَّقه، وعندهما: يَنحجرُ، سواء صدَّقه أو كذَّبه إذا ظهر صِدْقُ الخبر.

ـ وإن كان المخبِر رسولاً: صار محجوراً، بالإجماع، صدَّقه أو كذَّبه.

* قوله: (وإقرارُ المأذون بالديون والغُصوب: جائزٌ).

ـ وكذا بالودائع إذا أقرَّ باستهلاكها؛ لأن الإقرار من توابع التجارة، إذ لو لم يصح: لاجتنبتِ الناسُ مبايعتَه ومعاملتَه.

ـ وهذا إذا كانت الديون ديونَ التجارة، أما المهرُ والجناية: فإنه متعلِّق برقبته، يُستوفىٰ منه بعد الحرية، ولا يُستوفىٰ من رقبته.

وليس له أن يتزوَّجَ، ولا أن يُزوِّجَ مماليكَه.

والمراد من المهر: ما كان من التزويج بغير إذن المولىٰ.

ـ ولو أقرَّ بمهر امرأة، وصدَّقته: فإنه لا يصح في حقِّ المولىٰ، ولا يؤاخذ به إلا بعد الحرية.

ـ وإن أقرَّ أنه افتضَّ حرةً أو أمة بِكراً بأصبعه: فعندهما: لا يلزمه في الحال، إلا بتصديق المولىٰ، وهو إقرارٌ بجناية.

وقال أبو يوسف: هو إقرارٌ بالمال، ويؤخذ به في الحال.

قال في «المنظومة»[1]: في مقالات أبي يوسف رحمه الله:

لو قال مأذونٌ أزالت أصبعي   عُذْرَتَها يُؤخذ للحال اسمَعِ

ولم يصرِّح بما إذا يجب عليه.

قال في «المستصفىٰ»: يحتمل أن يكون بالمهر، كما إذا دفع أجنبيةً، فسقطت، فذهبت عُذرتُها: يجب عليه مهر مثلها.

* قوله: (وليس له أن يتزوَّج، ولا أن يُزوِّج مماليكَه)؛ لأن التزويج ليس من التجارة، والإذنُ إنما ينصرف إلىٰ التجارة، وإذا لم يصح، ولم يُجِزْه المولىٰ: فسد، فإذا دخل بها: فالمهر عليه بعد الحرية؛ لأنه لزمه بسببٍ غير ثابتٍ في حق المولىٰ.

وأما تزويجُه لمماليكه: فإن زوَّج عبدَه: لم يجز، إجماعاً؛ لأن فيه

---

(١) للنسفي ص٣٢١.

ولا يكاتِبَ، . . . .

ضرراً؛ بدلالة أنه يَستحقُّ رقبتَه بالمهر والنفقة.

ـ وإن زوَّج أمتَه: فكذلك لا يجوز أيضاً عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأنه يحصل المالُ بمنافعها، فأشبه إجارتَها.

ولهما: أن التزويج ليس من التجارة.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف: المضارِبُ والشريكُ شركةَ عِنان.

ـ قال في «المنظومة»[1]: في مقالات أبي يوسف رحمه الله:

ويملك المأذونُ تزويجَ الأمة وصاحبُ العِنان والمضاربة

ـ قيَّد بالمأذون؛ لأن المكاتب يملك ذلك، إجماعاً.

ـ وقيَّد بالأمة؛ لأنه لا يجوز لهم تزويجُ العبد، إجماعاً.

ـ وقيَّد بصاحب العِنان؛ لأن المفاوِض يملك ذلك، إجماعاً.

* قوله: (ولا يكاتِبَ)؛ لأنه ليس من التجارة؛ لأن التجارة مبادلةُ المال بالمال، والبدلُ في الكتابة مقابَلٌ بفكِّ الحَجْر، فلم يكن تجارةً، إلا أن يُجيزَه المولىٰ، ولا دينَ عليه؛ لأن المولىٰ قد مَلَكَه، ويُصير العبدُ نائباً عنه، وترجع الحقوقُ إلىٰ المولىٰ؛ لأن الوكيل في الكتابة سفيرٌ عنه.

ـ فإذا كاتب، ولا دينَ عليه، فأجازه المولىٰ: جاز، فإذا جاز فمالُ الكتابة للمولىٰ، لا سبيلَ للعبد علىٰ قبضه؛ لأن حقوق عقد الكتابة لا

---

(١) للنسفي ص٢٨٢.

ولا يُعتِقَ علىٰ مالٍ.

تتعلّق بالعاقد، وقَبْضُ مال الكتابة من حقوق العقد.

ـ فإن دفع المكاتَبُ إلىٰ العبد: لا يبرأ إلا أن يوكِّله المولىٰ بقبضها، فحينئذٍ يجوز، ويَعتق المكاتبُ.

ـ فإن لَحِقَ المأذونَ دينٌ بعد ما أجازه المولىٰ: فالكتابةُ للمولىٰ، ليس للغرماء فيها شيءٌ؛ لأن الكتابة لمَّا صحت بالإجازة: خرج العبدُ من كسب المأذون، وصار في يد المولىٰ، وما أَخَذَه المولىٰ من كسب العبد قبل الدين: لا يتعلق به حق الغرماء.

ـ وإن كان المأذونُ كاتَبَ وعليه دينٌ، قليلٌ أو كثيرٌ: فالكتابةُ فاسدةٌ وإن أجازها المولىٰ؛ لأن المولىٰ لا يَملك التصرفَ في كسب العبد مع وجود الدين، فلا يملك إجازةَ الكتابة.

* قوله: (ولا يُعتِقَ علىٰ مالٍ)؛ لأنه لا يملِكُ الكتابةَ، فالعتقُ أَوْلىٰ؛ لأن العتق تبرُّعٌ.

ـ ولا يُقرِضَ؛ لأنه تبرُّعٌ، كالهبة، قال عليه الصلاة والسلام: «قَرْضٌ مرتين: صدقةٌ مرة»[1].

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٤٣٠)، قال في الزوائد: إسناده ضعيف، صحيح ابن حبان (الإحسان) (٥٠١٨)، وعزاه السيوطي في الجامع الصغير ٥١٥/٤ (مع فيض القدير) إلىٰ تاريخ ابن النجار، ورمز إلىٰ ضعفه، وأخرجه البيهقي في السنن ٣٥٤/٥ بلفظ: «مَن أقرض شيئاً مرتين: كان له مثل أجر أحدهما لو تصدَّق به»، وقال: تفرَّد به عبد الله بن الحسين، وليس بالقوي. اهـ

ولا يَهَبَ بعوض، ولا بغير عوض، إلا أن يُهدِيَ اليسيرَ من الطعام، أو يُضيِّف مَن يُطْعِمُه.

---

* قوله: (ولا يَهَبَ بعوضٍ، ولا بغير عوضٍ).

ولا يتصدقَ؛ لأن ذلك تبرُّعٌ.

ـ وليس له أن يتكفَّل بالنفس، ولا بالمال، إلا بإذن المولىٰ، فإن أذن له المولىٰ: جاز إذا لم يكن عليه دينٌ، أما إذا كان مديوناً: فلا يجوز.

ـ وأما المكاتب: فلا تجوز كفالتُه ولو أَذِنَ له المولىٰ.

ـ فإن كَفَلَ: لا يؤاخَذ بها في الحال، ويؤاخَذُ بها بعد الحرية.

ـ وللمأذون أن يُعيرَ الدابةَ والثوبَ؛ لأنه من عادة التجار.

ـ وله أن يدفعَ المالَ مضاربةً، وأن يأخذَ المالَ مضاربةً.

ـ ويجوز أن يشاركَ شركةَ عِنان؛ لأنها تنعقد علىٰ الوكالة، دون الكفالة، وهو يملكُ أن يوكِّل، ويتوكَّل.

ـ ولا يجوز أن يشارك شركةَ مفاوضة؛ لأنها تنعقد علىٰ الكفالة، وهو لا يملكُها.

ـ ويجوز له أن يأذنَ لعبده في التجارة.

* قوله: (إلا أن يُهديَ اليسيرَ من الطعام، أو يُضيِّفَ مَن يُطعِمُه[1])؛ لأنه من عادة التجار.

---

(١) وفي نسخ: من يصله.

وديونُه متعلِّقةٌ برقبته : يُباع فيها للغرماء، إلا أن يَفْدِيَه المولىٰ، . . . .

ـ بخلاف المحجور عليه؛ لأنه لا إذنَ له.

ـ وعن أبي يوسف: أن المحجور عليه إذا أعطاه المولىٰ قوتَ يومه، فدعا بعضَ رُفقائه علىٰ ذلك الطعام: لا بأس به.

بخلاف ما إذا أعطاه قوتَ شهرٍ؛ لأنهم لو أكلوه قبلَ الشهر: يتضرر به المولىٰ.

ـ قالوا: ولا بأس أن تتصدق المرأةُ من بيت زوجها بالشيء اليسير، كالرغيف ونحوه؛ لأن ذلك غير ممنوعٍ منه في العادة.

ولا يجوز بالدراهم والثياب والأثاث.

* قوله: (وديونُه متعلِّقةٌ برقبته، يُباع فيها للغرماء، إلا أن يَفديَه المولىٰ).

والمراد: دين التجارة، أو ما في معناها، كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، وضمان الغُصوب، والودائع إذا جَحَدَها، وما يجب من العُقْر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق، أو عَقَرَ دابةً، أو خَرَقَ ثوباً.

ـ أما الدين الثابت بغير ذلك، كالمهر والجناية: فهو متعلِّقٌ بذمته، يُستوفىٰ منه بعد الحرية، ولا يتعلَّق برقبته.

ـ وقوله: يباع فيها: يعني يبيعه الحاكم، وليس للمولىٰ أن يبيعه؛ لأن الملك للمولىٰ، وللغرماء فيه حقٌّ، وفي بيعه: إسقاطُ حقِّهم؛ لأنهم قد يختارون تَرْكَ البيعَ؛ ليستوفوا من كَسْبه، فلم يكن له بيعُه بغير إذنهم.

ـ فإذا باع بغير إذنهم: وقف علىٰ إجازتهم، كما في الرهن.

ويُقْسَمُ ثمنُه بينهم بالحِصَص، . . . .

ـ وإن أجاز بعضُهم، وأبىٰ بعضُهم: لم يجز، إلا أن يتفقوا علىٰ ذلك.

ـ وقوله: إلا أن يفديَه المولىٰ: يعني يفديَه بجميع الدين؛ لأنه إذ فداه: لم يبق في رقبته للغرماء شيءٌ يباع لأجله.

* قوله: (ويُقسَمُ ثمنُه بينهم بالحِصَص).

ـ سواءٌ ثبت الدين بإقرار العبد، أو البينة.

ـ فإن بقيَ لهم دينٌ: لا يطالب به المولىٰ، ولكن يَتَّبعون به العبدَ بعد العتق.

ـ وهذا إذا باعه القاضي، أما إذا باعه المولىٰ بغير إذنهم: فلهم حقُّ الفسخ، إلا إذا كان في الثمن وفاءٌ بديونهم، أو قضىٰ المولىٰ دينَهم، أو أبرؤوا العبدَ من الدين: فإنه يبطل حقُّ الفسخ.

ـ وليس هذا كالوصي إذا باع التركةَ في الدين: ليس للغرماء حقُّ الفسخ.

والفرق: أن هنا للغرماء استسعاءُ العبد، فلهم أن يفسخوا البيع، ويستسعوه في دَيْنهم، وهناك ليس لهم استسعاءُ التركة؛ لأن فيه تأخيرَ قضاء دين الميت.

مسألة: إذا كان لرجلٍ علىٰ عبدٍ دينٌ، فوهبه المولىٰ من صاحب الدين، فقَبِلَه: سقط الدينُ الذي عليه؛ لأن الإنسان لا يثبتُ له علىٰ عبده دينٌ.

فإن فَضَلَ من ديونه شيءٌ : طولب به بعد الحرية .

وإن حُجِر عليه : لم يَصِرْ محجوراً عليه حتىٰ يَظْهـرَ حَجْـرُه بـين أهـل سُوقه .

ـ فإن رجع المولىٰ في هبته: لم يَعُدِ الدينُ عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه لمَّا مَلَكَه: سقطتِ المطالبةُ عنه، فصار كما لو أبرأه، فهو كالنكاح، ومعلومٌ أن رجلاً لو وهب أمةً لزوجها: انفسخ النكاح.

ولو رجع في الهبة: لم يَعُدِ النكاح؛ لهذا المعنىٰ.

وقال أبو يوسف: يعود الدَّيْن علىٰ العبد.

وعن محمد روايةٌ أخرىٰ: أن المولىٰ ليس له أن يرجع في العبد؛ لأن كون الدينِ علىٰ العبد: نَقْصٌ فيه، فزوالُه عنه: زيادةٌ حصلت، والعين الموهوبة متىٰ حصلت فيها زيادةٌ في ملك الموهوب له: منعت الرجوعَ.

* قوله: (فإن فَضَلَ شيءٌ من ديونه شيءٌ: طُولب به بعد الحرية)؛ لتقرُّر الدين في ذمته، وعدم وفاء الرقبة به.

* قوله: (وإن حُجِر عليه: لم يَصِرْ محجوراً عليه حتىٰ يَظهرَ الحَجْرُ بين أهل سُوْقه)؛ لأنهم صاروا معتقدين جوازَ التصرف معه، والمداينةِ له، فلا يرتفعُ ذلك إلا بالعلم.

ـ ويُشترط علمُ أكثرِ أهلِ سوقه، حتىٰ لو حُجر عليه في السوق، وليس فيه إلا رجلٌ أو رجلان: لا ينحجرُ؛ لأن المقصود خروجُه من الإذن بالشُّهرة، وبالواحد والاثنين لا يشتهر.

فإن مات المولىٰ، أو جُنَّ، أو لَحِق بدار الحرب مرتدّاً: صار المأذونُ محجوراً عليه.

وإذا أَبَقَ العبدُ المأذونُ: صار محجوراً عليه.

وإذا حُجِر عليه: فإقراره جائزٌ فيما في يده من المال عند أبي حنيفة، .

---

* قوله: (فإن مات المولىٰ، أو جُنَّ، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتدّاً: صار المأذونُ محجوراً عليه)؛ لأن بالموت يسقط الإذن.

ـ وكذا بالجنون إذا كان مُطبِقاً، أما إذا كان غيرَ مُطبِق: فالإذنُ علىٰ حاله.

ـ وأما اللَّحاق: إن حُكِم به: فهو كالموت، وإن لم يُحكم به حتىٰ رجع مسلماً: فتصرُّفه جائزٌ.

ـ وإن جُنَّ العبدُ جنوناً مُطبِقاً: صار محجوراً.

ـ فإن أفاق بعد ذلك: لا يعودُ إذنه.

ـ وإن جُنَّ جنوناً غيرَ مطبق: لا ينحجر.

ـ وإن ارتدَّ المأذون، ولَحِقَ بدار الحرب: صار محجوراً عند الارتداد في قول أبي حنيفة، وعندهما: باللَّحاق.

* قوله: (فإن أَبَقَ العبدُ المأذونُ: صار محجوراً عليه).

ـ فإن عاد من الإباق: لم يَعُدِ الإذن، علىٰ الصحيح. كذا في «الذخيرة».

* قوله: (وإذا حُجِر عليه: فإقرارُه جائزٌ فيما في يده من المال عند أبي حنيفة).

وقالا : لا يصح إقرارُه.

وإذا لزمَتْه ديونٌ تحيطُ بماله ورقبتِه : لم يَملِكِ المولىٰ ما في يده.

فإن أَعْتَقَ عبيدَه : لم يَعتِقوا عند أبي حنيفة، وقالا : يَملِكُ المولىٰ ما في يده.

وإذا باع العبدُ المأذونُ من المولىٰ شيئاً بمثل قيمته : جاز.

معناه: أن يُقِرَّ بما في يده أنه وديعةٌ عندي لفلانٍ، أو غصبتُه منه، أو يقرَّ بدينٍ عليه، فيقول: عليَّ ألفُ درهم: فعند أبي حنيفة: يصح إقرارُه بالدين والوديعة، فيُقضىٰ مما في يده.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا يصح إقرارُه).

ـ وفي «شرحه»: إذا كان عليه دينٌ يُحيط بما في يده: لم يجز إقرارُه، إجماعاً؛ لأن حقَّ الغرماء قد تعلَّق بالمال الذي في يده عند الحَجْر.

* قوله: (وإذا لزمتْه ديونٌ تُحيط بماله ورقبتِه: لم يَملك المولىٰ ما في يده، وإن أعتق عبيدَه: لم يَعتقوا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يملكُ ما في يده)، ويَعتِقُ مَن أعتقه، وعليه قيمتُه.

ـ وإن لم يكن الدينُ محيطاً بماله: جاز عتقُه، إجماعاً.

* قوله: (وإذا باع العبدُ المأذونُ من المولىٰ شيئاً بمثل قيمته، أو أكثر: جاز).

فإن باعه بنقصانٍ : لم يجز .

وإن باعه المولىٰ شيئاً بمثل القيمة ، أو أقلَّ : جاز البيع .

فإن سلَّمه إليه قبل قبض الثمن : بطل الثمنُ .

ـ هذا إذا كان علىٰ العبد دينٌ؛ لأنه كالأجنبي عن كَسْبه إذا كان عليه دينٌ.

ـ وإن لم يكن عليه دينٌ: فلا بيعَ بينهما؛ لأن العبد وما في يده للمولىٰ.

* قوله: (وإن باعه بنقصانٍ: لم يجز)؛ لأنه متَّهمٌ في حقه، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: إذا باعه بنقصان: يجوز، ويخيَّر المولىٰ: إن شاء أزال المحاباةَ، وإن شاء فسخ.

ـ وهذا بخلاف ما إذا حابىٰ الأجنبيَّ إذا كان عليه دينٌ عند أبي حنيفة؛ لأنه لا تهمة.

ـ وبخلاف ما إذا باع المريضُ من الوارث بمثل قيمته، حيث لا يجوز عنده؛ لأن حقَّ بقية الورثة تعلَّق بعينه، أما حقُّ الغرماء: تعلَّق بالمالية، لا غير.

* قوله: (وإن باعه المولىٰ شيئاً بمثل القيمة أو أقلَّ: جاز البيع)؛ لأنه لا يلحقُه بذلك تهمة.

* قوله: (فإن سلَّمه إليه قبل قبض الثمن: بطل الثمن)؛ لأنه إذا سلَّم المبيعَ قبل قبض الثمن: حصل الثمنُ ديناً للمولىٰ علىٰ عبده، والمولىٰ لا

وإن أمسكه في يده حتىٰ يستوفيَ الثمنَ : جاز .

وإن أعتق المولىٰ العبدَ المأذونَ، وعليه ديونٌ : فعِتْقُه جائزٌ، والمـولىٰ ضامنٌ لقيمته للغرماء، وما بقيَ من الديون يطالَبُ به المعتَقُ.

يثبت له علىٰ عبده دينٌ، وإذا بطل الثمن: صار كأنه باع عليه بغير ثمن، فلا يجوز البيع.

ـ ومرادُه ببطلان الثمن: بطلانُ تسليمِه، والمطالبةِ به، وللمولىٰ استرجاعُ المبيع.

ـ وإن باعه بأكثر من قيمته: يؤمر بإزالة المحاباة، أو نقضِ البيع.

* قوله: (وإن أمسكه في يده حتىٰ يستوفيَ الثمنَ: جاز)؛ لأن البائع له حقٌّ في المبيع.

* قوله: (وإذا أعتق المولىٰ العبدَ المأذونَ له وعليه ديونٌ: فعِتْقُه جائزٌ)؛ لأن ملكه فيه باقٍ، (والمولىٰ ضامنٌ لقيمته للغرماء)؛ لأنه أتلفَ ما تعلق به حقُّهم، وهي رقبته، فكان عليه ضمانُها، ولأنه لم يتلف أكثرَ من القيمة، فلا يلزمُه غير ذلك.

وإن كانت قيمتُه أكثر من الدين: ضمن قَدْرَ الدين، لا غير.

ـ وبهذا تبيَّن أن قوله: والمولىٰ ضامنٌ لقيمته: محمولٌ علىٰ ما إذا كانت القيمةُ مثلَ الدين، أو أقل.

ـ وقوله: ضامنٌ لقيمته: سواء في ذلك عَلِمَ بالدين أو لم يعلم؛ لأنه ضمانُ استهلاك، فاستوىٰ فيه العلمُ والجهل.

* قوله: (وما بقيَ من الدين: يطالَب به المعتَقُ بعد العتق)؛ لأن الدين

وإذا وَلَدَت المأذونةُ من مولاها: فذلك حَجْرٌ عليها.

متعلِّقٌ بذمته ورقبته، وقد ضمن المولىٰ ما أتلف عليهم من رقبته، وبقي فاضلُ دينِهم في ذمته.

ـ وهذا بخلاف ما إذا أعتق المدبَّرَ، وأمَّ الولد المأذون لهما، وقد لزمتهما ديونٌ: فإنه لا يضمن المولىٰ شيئاً؛ لأن حقَّ الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع، فلم يكن متلِفاً حقَّهم، فلم يضمن شيئاً.

* قوله: (وإذا ولدت الأمةُ المأذونةُ من مولاها: فذلك حَجْرٌ عليها).

خلافاً لزفر، فهو يَعتبر البقاءَ بالابتداء، ونحن نقول: الظاهر أنه يخصُّها بعد الولادة، فيكون دلالةً علىٰ الحَجر، بخلاف الابتداء؛ لأن الصريح قاضٍ علىٰ الدلالة، ويضمن قيمتَها إن ركِبَتْها ديونٌ؛ لإتلافه محلاً تعلَّق به حقُّ الغرماء، إذ به يَمتنع البيع.

ـ وإن ولدت من غير مولاها: لا تنحجرُ.

ـ ثم يُنظر: إن انفصل الولدُ منها وليس عليها دينٌ: فالولد للمولىٰ، حتىٰ لو لَحِقَها دينٌ بعد ذلك: فلا حقَّ للغرماء فيه.

وإن ولدت بعد ثبوت الدين: فإنه يُباع في دين الغرماء الذين ثبت حقُّهم قبل الولادة، دون الذين ثبت حقُّهم بعد الولادة.

ـ وهذا بخلاف ولد الجانية، فإنه لا يَتبع أمَّه وإن انفصل بعد الجناية، ويكون للمولىٰ، ويُخاطَب المولىٰ في الأمة بين الدفع أو الفداء.

وإذا أذن وليُّ الصبيِّ للصبيِّ في التجارة: فهو في الشراء والبيع، كالعبد المأذون إذا كان يعقلُ البيعَ والشراءَ.

والفرق: أن في الأُولىٰ: الدينُ ثابتٌ في رقبتها، فيسري إلىٰ ولدها، وأما الجانية: لم يثبت في رقبتها، وإنما يُطالَب المولىٰ بالدفع أو الفداء.

والولد المولود قبل الدين: لا يدخل في الدين، بخلاف الكسب والهبة والصدقة، إذا كان قبل لحوق الدين، إذا لم يأخذه المولىٰ حتىٰ لَحِقَ الدين: فإن ذلك يكون للغرماء.

والفرق: أن الكسب في يدها، بدلالة أنه يجوز تصرفها فيه قبل أن يأخذه المولىٰ، وأما الولد: فليس هو في يدها؛ لأنه لا يجوز تصرفها فيه، فصار كالكسب المأخوذ منها.

* قوله: (وإذا أذن وليُّ الصبيِّ للصبيِّ في التجارة: فهو في الشراء والبيع، كالعبد المأذون إذا كان يَعقلُ البيعَ والشراءَ)، حتىٰ ينفذُ تصرُّفُه.

ـ وذِكْرُ الولي: ينتظم الأبَ والجدَّ عند عدمه، والوصيَّ والقاضي.

ـ ومِن شَرْطه: أن يكون يَعقلُ كونَ البيع سالباً للملك، جالباً للربح.

ـ والتشبيهُ بالعبد المأذون: يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام: ثبت في الصبي، فيصير مأذوناً بالسكوت، كما في العبد، ويصح إقراره بما في يده من كسبه، ولا يملك تزويجَ عبده ولا كتابته، كما في العبد.

* **مسائل:**

ـ قال الخُجَندي: إذا قال لعبده: إذا أديتَ إليَّ ألفَ درهم فأنتَ حرٌّ:

. . . .

كان بهذا القول مأذوناً له في التجارة؛ لأنه لا يملك أداءَ الألف إلا بالاكتساب، فصار مأذوناً دلالةً، ويعتقُ بالأداء، ولا يَعتقُ بالقبول.

ـ وكذا إذا قال: متىٰ أديتَ إليَّ، أو: متىٰ ما أديتَ إليَّ، أو: حين أديت إلي، أو: إذا ما أديت إلي: فهذا كله لا يقتصر علىٰ المجلس.

ـ وكذا إذا قال: أدِّ إلي ألفاً وأنتَ حرٌّ: فإنه لا يعتق حتىٰ يؤدي؛ لأنه عِتْقٌ معلَّقٌ بشرط.

ـ وإن قال: أدِّ إليَّ ألفاً فأنتَ حرٌّ: قال في «الكرخي»: يعتق في الحال.

وقيل: لا يعتق إلا بالأداء.

ـ وإن قال: أدِّ إلي ألفاً أنتَ حرٌّ: عَتَقَ في الحال، أدىٰ أو لم يؤدِّ.

ـ وإن قال: أنتَ حرٌّ وعليك ألفٌ: يَعتق، ولا يلزمه شيءٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: ما لم يقبل: لا يَعتق، فإذا قَبِلَ: عَتَقَ، ولزمه المال.

ـ وأما إذا قال: إن أديتَ إليَّ ألفاً فأنتَ حرٌّ: فهذا يقتصر علىٰ المجلس، فإن أدىٰ في المجلس: يعتق، وإن لم يقبل المولىٰ الألفَ: يُجبر علىٰ القبول.

ـ ومتىٰ خلَّىٰ بينَه وبين المال: عَتَقَ، سواء أَخَذَ المالَ أو لم يأخذه، والله أعلم.

* * * * *

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة : المزارعةُ بالثلث والربْعِ باطلةٌ، . . . .

كتاب المُزارعة

المُزارَعة في اللغة: مفاعَلَةٌ من الزرع.

وفي الشرع: عبارةٌ عن العقد علىٰ الزرع ببعض الخارج.

وتُسمىٰ أيضاً: مخابرة؛ لأن المُزارِع خبيرٌ.

وقيل: مشتقةٌ من عَقْد النبي صلىٰ الله عليه وسلم مع أهل خيبر[١].

* قال رحمه الله تعالىٰ: (قال أبو حنيفة: المزارعةُ بالثلث والرُّبُع باطلةٌ).

ـ إنما ذَكَرَ الثلثَ والربعَ تبرُّكاً بلفظ النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين «نهىٰ عن المخابرة، فقال له زيدُ بن ثابت: وما المخابرةُ يا رسول الله؟

قال: أن تأخذ أرضاً بثلثٍ أو ربع»[٢].

وإلا فالزيادة والنقصان في ذلك: سواء.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٢٨)، صحيح مسلم (١٥٥١).

(٢) صحيح البخاري (٢٣٨١)، صحيح مسلم (١٥٣٦).

وقال أبو يوسف ومحمد : جائزةٌ.

وقيل: إنما قيَّد بالثلث والربع؛ باعتبار عادة الناس في ذلك، فإنهم يتزارعون هكذا.

ـ وقوله: باطلةٌ: أي فاسدة، وإذا كانت فاسدةً عند أبي حنيفة: فإن سقىٰ الأرضَ، وكَرَبَها، ولم يَخرجْ شيءٌ: فله أجرُ مثله؛ لأنه في معنىٰ إجارةٍ فاسدة.

ـ وهذا إذا كان البَذْر من قِبَل صاحب الأرض، فإن كان من قِبَله: فعليه أجرُ مثل الأرض، والخارجُ لصاحب البَذْر؛ لأنه نماءُ مِلْكِه.

والدليل علىٰ أنها فاسدة: أنه استئجارٌ ببعض الخارج، فيكون في معنىٰ قَفِيز الطحان.

ولأن الأجر معدومٌ أو مجهولٌ، كما إذا استأجره أن يرعىٰ غنمه ببعض الخارج منه.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: هي جائزةٌ)، وعليه الفتوىٰ؛ لحاجة الناس إليها ؛ لأن صاحب الأرض قد لا يجد أجرةً يستعمل بها، وما دعت الضرورة إليه: فهو جائزٌ.

ـ ومن حجة أبي حنيفة: أن النبي عليه الصلاة والسلام: «نهىٰ عن المحاقلة والمزابنة»[١].

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٨١)، صحيح مسلم ٣/١١٧٥ (١٥٣٦).

وهي عندهما علىٰ أربعة أوجهٍ:

إذا كانت الأرضُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ من آخر: جازت المزارعةُ.

وإذا كانت الأرضُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ والبَذْرُ لآخَرَ: جازت المزارعةُ.

فالمحاقلة: مفاعلةٌ من الحَقْل، وهو الزرع، فيحتمل أنه بيع الزرع بالزرع، ويحتمل أنه المزارعة.

وأما المزابنة: فهو بيع الرطب علىٰ رؤوس النخل، بخَرْصه تمراً.

* قوله: (وهي عندهما علىٰ أربعة أوجهٍ:

إذا كانت الأرضُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ لواحدٍ آخر: جازت المزارعةُ)؛ لأنه استئجارٌ للعامل ببعض الخارج، وهو أصل المزارعة.

ـ ولا يقال: هلاَّ بطلت؛ لدخول البقرِ معه في العمل.

فنقول: البقر غير مستأجرة، وإنما هي تابعةٌ لعمل العامل؛ لأنها آلة العمل، كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له بإبرة الخياط: فإن ذلك جائزٌ.

ولأن مَن استأجر خياطاً: كانت الإبرةُ تابعةً لعمله، وليس في مقابلتها أجرة، كذلك هذا.

* قوله: (وإن كانت الأرضُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ آخر: جازت أيضاً)، وهذا الوجه الثاني.

ووجهُه: أن العامل مستأجِرٌ للأرض ببعضٍ معلوم من الخارج،

وإذا كانت الأرضُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ لآخَرَ: جازت.
وإذا كانت الأرضُ والبقرُ لواحدٍ، والبَذْرُ والعملُ لآخرَ: فهي باطلةٌ.
ولا تصحُّ المزارعةُ إلا علىٰ مدة معلومةٍ.

فيجوز، كما إذا استأجر بدراهمَ معلومة.

* قوله: (وإن كانت الأرضُ والبَذْر والبقرُ لواحدٍ، والعملُ من آخر: جازت أيضاً)، وهذا الوجه الثالث.

ووجهه: أنه إذا استأجره للعمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته.

* قوله: (وإن كانت الأرضُ والبقرُ لواحدٍ، والبَذْرُ والعملُ لآخر: فهي باطلةٌ)، وهذا الوجه الرابع.

وهو باطلٌ في ظاهر الرواية؛ لأن البقر ها هنا مستأجرةٌ ببعض الخارج، لأنها لا تصير تابعةً للعمل؛ لأنها لم تُشترط علىٰ العامل، واستئجار البقر ببعض الخارج: لا يجوز.

* قوله: (ولا تصح المزارعةُ إلا علىٰ مدةٍ معلومةٍ)؛ لأن جهالتها تؤدي إلىٰ الاختلاف، فربما يدعي أحدُهما مدةً تزيد علىٰ مدة الآخر.

قال في «الينابيع»: هذا عند علمائنا بالكوفة، فإن مدة الزرع عندهم متفاوتةٌ، فابتداؤها وانتهاؤها مجهولٌ، أما في بلادنا[1]: فوقت الزراعة معلومٌ، فيجوز.

---

(١) أي بلاد الروم، حيث إن صاحب «الينابيع شرح مختصر القدوري» هو محمد بن رمضان الرومي، كما في تاج التراجم ص ٢٦٠.

وأن يكون الخارجُ مشاعاً بينهما، فإن شرَطا لأحدهما قُفْزاناً مسمَّاةً: فهي باطلةٌ.

وكذلك إن شرَطا ما علىٰ الماذِيَانات والسواقي.

قال أبو الليث: وبه نأخذ.

* قوله: (وأن يكون الخارجُ بينهما مشاعاً)؛ تحقيقاً للمشاركة.

* قوله: (فإن شرَطَا لأحدهما قُفْزاناً مسمَّاةً: فهي باطلةٌ)؛ لأن به تنقطع الشركةُ؛ لجواز أن لا تُخرج الأرضُ إلا ذلك القدر، فيستحقه أحدهما، دون الآخر.

ـ وكذا إذا شرَطَ صاحبُ البَذْر أن يرفع بقدر بَذْره، ويكون الباقي بينهما: فهو فاسدٌ؛ لأنه يؤدي إلىٰ قطع الشركة في بعضٍ معيَّنٍ، أو في جميعه، بأن لا يَخرج إلا قدرُ البَذْر.

* قوله: (وكذلك إذا شرَطَا ما علىٰ المَاذْيَانات، والسَّواقي).

يعني شرطاه لأحدهما: فهو فاسدٌ.

ـ والمَاذْيانات: اسمٌ عجميٌّ، وهي التي تكون أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، وهو المشرب الصغير الذي يسقي بعضَ الأرض.

والسواقي: جمعُ: ساقية، وكأنها التي يَسقي بها كلَّ الأرض، وهي فوق الجدول.

. . . .

وقيل: الماذيانات: العتوم[١]، وهي لغةٌ فارسيةٌ.

ـ وكذا إذا شَرَطَ لأحدهما زرعَ موضعٍ معيَّنٍ، أو ما يخرج من ناحية معينةٍ: لا يجوز؛ لأنه يُفضي إلىٰ قطع الشركة؛ لجواز أنه لا يخرج إلا من ذلك الموضع.

ـ وكذا إذا شرط لأحدهما التِّبْنَ، وللآخر الحَبَّ: فهو فاسدٌ؛ لأنه قد تصيبُه آفةٌ، فلا ينعقد الحَبُّ، ولا يَخرج إلا التِّبنُ.

ـ وكذا إذا شرط التبنَ نصفين، والحَبَّ لأحدهما؛ لأنه يؤدي إلىٰ قطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحَبُّ.

ـ وإن شَرَطا الحَبَّ نصفين، ولم يتعرَّضا للتبن: صحت المزارعة؛ لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود، ثم التبن يكون لصاحب البَذْر؛ لأنه نماءُ بذره.

وقال مشايخ بَلْخ: التبن بينهما أيضاً؛ اعتباراً للعُرف فيما لم يَنصَّ عليه المتعاقدان، ولأنه تَبَعٌ للحَبِّ، والتبع يقوم بشرط الأصل.

ـ ولو شرطا الحبَّ نصفين، والتبنَ لصاحب البَذْر: صحت؛ لأنه حكم العقد.

---

(١) وفي نسخ الغيوم، وفي نسخ: العيون، وقد سألتُ أكثر من أستاذٍ عالمٍ ممن يُتقن الفارسية عن الماذيانات والعتوم: فلم يعرفوا هذه الكلمة بالفارسية، فلعل هناك خطأ في النُّسَخ، والله أعلم.

وإذا صحَّت المزارعةُ : فالخارجُ بينهما علىٰ الشرط .

فإن لم تُخرِجِ الأرضُ شيئاً : فلا شيءَ للعامل .

وقد قالوا: إن الشرط إنما يُعتبر في حق مَن ليس من قِبَله البَذر، أما صاحب البذر: فيستحق الخارجَ ببذره.

فعلىٰ هذا: إذا دفع أرضاً وبَذْراً علىٰ أن يعمل فيها العاملُ، وله ثلثُ ما يخرج، أو نصفُه، ولم يُسمِّ غير ذلك: جاز؛ لأن الذي يحتاج إلىٰ الشرط هو الذي لا بَذْرَ منه، وقد وُجد الشرط.

ـ وأما إذا سمَّىٰ لصاحب البذر، ولم يُسمِّ للعامل شيئاً: فالقياس أن لا يجوز؛ لأنه لمَّا شَرَطَ لنفسه نصفَ الخارج: صار مستَحِقاً له بالشرط، والباقي إذا لم يَشرِطْه: للمزارع، يستحقُّه ببَذْره، فلهذا لم يصح.

وفي الاستحسان: يجوز؛ لأنه إذا قال: علىٰ أن لي النصف أو الثلث، فقد بَذَلَ الباقي للعامل؛ لأن من شأن الخارج أن يكون بينهما.

* قوله: (وإذا صحَّت المزارعةُ: فالخارجُ بينهما علىٰ الشرط، وإن لم تُخرج الأرضُ شيئاً: فلا شيءَ للعامل).

ـ هذا في المزارعة الصحيحة إذا كان البَذْر من قِبَل صاحب الأرض، أو العامل؛ لأن العقد الصحيحَ يجب فيه المسمىٰ، ولم يوجد المسمىٰ: فلم يستحقَّ شيئاً.

ـ وأما إذا كانت فاسدةً، ولم تُخرج الأرض شيئاً: وجب أجرُ المثل علىٰ الذي من قِبَله البذر.

وإذا فسدت المزارعةُ: فالخارجُ لصاحب البَذْر.

فإن كان البَذْرُ من قِبَل ربِّ الأرض: فللعامل أجرُ مِثْله، لا يُزاد علىٰ مقدار ما شُرِطَ له من الخارج.

وقال محمد: له أجرُ مثله بالغاً ما بلغ.

وإن كان البَذْرُ من قِبَل العامل: فلصاحب الأرض أَجْرُ مِثْلِها.

فإن كان البذر من قِبَل العامل: فهو مستأجِرٌ للأرض.

وإن كان من قِبَل صاحب الأرض: فهو مستأجِرٌ للعامل، فإذا فسدت: يجب أجرُ المثل؛ لأنه استوفىٰ المنفعةَ عن عقد فاسد.

* قوله: (وإذا فسدت المزارعة: فالخارجُ كلُّه لصاحب البَذْر)؛ لأنه نماءُ ملكه.

ـ (فإن كان البَذْرُ من قِبَل صاحب الأرض: فللعامل أجرُ مثله، لا يُزاد علىٰ مقدار ما شُرِط له من الخارج)؛ لأنه رضيَ بسقوط الزيادة، وهذا عندهما، (وقال محمدٌ: له أجرُ مثله بالغاً ما بلغ).

* قوله: (وإن كان البَذْر من قِبَل العامل: فلصاحب الأرض أجرُ مثل أرضه)؛ لأنه استوفىٰ منافعَها بعقدٍ فاسد.

وهل يزاد علىٰ ما شُرط له من الخارج؟

علىٰ الخلاف الذي ذكرناه.

ـ ولو جمع بين الأرض والبقر حتىٰ فسدت المزارعةُ: فعلىٰ العامل أجرُ مثل الأرض والبقر، هو الصحيح.

وإذا عُقِدت المزارعةُ، فامتنع صاحبُ البَذْر من العمل: لم يُجْبَر عليه.

وإن امتنع الذي ليس من قِبَله البَذْرُ: أجبره الحاكمُ علىٰ العمل.

وإذا مات أحدُ المتعاقدين: بطلت المزارعةُ.

---

* قوله: (وإذا عُقِدت المزارعةُ، فامتنع صاحبُ البَذْر من العمل: لم يُجبر عليه)؛ لأنه لا يمكنه المضيُّ في العقد إلا بإتلاف ماله، وهو البذر، وفيه ضررٌ عليه، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم دارَه، ثم بدا لصاحب الدار: لم يُجبر علىٰ ذلك.

* قوله: (وإن امتنع الذي ليس من قِبَله البَذْرُ: أجبره الحاكمُ علىٰ العمل)؛ لأنه لا ضررَ عليه في الوفاء بالعقد، إلا إذا كان عذراً تُفسخ به الإجارة، فتُفسخ به المزارعة.

* قوله: (وإذا مات أحدُ المتعاقدين: بطلت المزارعة)؛ اعتباراً بالإجارة.

ـ يعني مات قبل المزارعة، أما إذا كان بعدها: فإن مات صاحبُ الأرض: تُركت في يد العامل حتىٰ تُستحصد، ويقسم علىٰ الشرط.

ـ وإذا كان الميت هو العامل، فقال ورثته: نحن نعمل في الزرع إلىٰ أن يستحصد، وأبىٰ صاحبُ الأرض: لم يكن له ذلك؛ لأنه لا ضررَ عليه، وإنما الضرر عليهم في قلع الزرع، فوجب تبقيتُه، ولا أجر لهم فيما عملوا.

وإذا انقضَتْ مدةُ المزارعة، والزرعُ لم يُدرِك: كان علىٰ المزارع أجـرُ مثلِ نصيبِه من الأرض إلىٰ أن يَستحصد.

والنفقةُ علىٰ الزرع: عليهما علىٰ مقدار حقوقهما.

ـ وإن أرادوا قلعَ الزرع: لم يُجبروا علىٰ العمل، وقيل لصاحب الأرض: اقلعه، فيكون بينكم، أو أعطهم قيمةَ حصتهم، والزرعُ كله لك، أو أنفق علىٰ حصتهم، وتعود بنفقتك في حصتهم.

* قوله: **(وإذا انقضت مدةُ المزارعةُ، والزرعُ لم يُدرِك: كان علىٰ المزارع أجرُ مثل نصيبه من الأرض إلىٰ أن يَستحصد.**

والنفقةُ علىٰ الزرع عليهما، علىٰ مقدار حقوقهما).

لأن في تبقية العقد: إيفاءَ الحقَّيْن، وفي فَسْخه: إلحاقَ ضررٍ بأحدهما، فكان تبقيتُه إلىٰ الحصاد أَوْلىٰ؛ ويكون العمل عليهما جميعاً؛ لأن العقد قد انتهىٰ بانتهاء المدة، وهذا عملٌ في المال المشترك.

ـ وهذا بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض، والزرعُ بَقْلٌ، حيث يكون العمل فيه علىٰ العامل؛ لأن هناك بقَّيْنا العملَ في مدته، والعقدُ يستدعي العملَ علىٰ العامل، أما هنا العقدُ قد انتهىٰ، فلم يكن هذا إبقاءَ ذلك العقد، فلم يختصَّ العاملُ بوجوب العمل عليه.

ـ وقوله: والنفقةُ علىٰ الزرع عليهما علىٰ قدر حقوقهما: وذلك مثل أجر سقي الماء وغيره.

وأجرةُ الحَصَادِ، والرَّفَاعِ، والدِّيَاسِ، والتَّذْريةِ : عليهما بالحِصَص.

فإن شَرَطا ذلك في المزارعة علىٰ العامِل : فسدت.

ـ وهذا إنما يكون بعد انقضاء المدة، أما إذا لم تنقض: فهو علىٰ العامل خاصة.

* قوله: (وأجرةُ الحَصَاد، والرَّفاع، والدِّياس، والتَّذْرِيةِ عليهما بالحِصَص).

ـ وكذا إذا أراد أن يأخذاه قَصيلاً[1]، ويبيعاه: فالحصاد عليهما علىٰ قدر حقَّيْهما.

* قوله: (فإن شرطاه في المزارعة علىٰ العامل: فَسَدَتْ).

يعني الحصادَ والدِّياسَ؛ لأنهما لا يلزما المزارعَ، وإنما عليه أن يقوم علىٰ الزرع إلىٰ أن يُدرِك.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز شرط ذلك علىٰ العامل؛ للتعامل، وهو اختيار مشايخ بَلْخ.

ـ قال السرخسي[2]: وهو الأصح في ديارنا[3].

ـ والحاصل: أن ما كان من عملٍ قبل الإدراك، مثل السقي والحفظ: فهو علىٰ العامل.

---

(١) أي وهو أخضر رطبٌ لم يُدرِك.

(٢) ينظر المبسوط ٢٣/١٦٠، وكأن للسرخسي أكثر من ترجيح، والله أعلم.

(٣) أي بلاد خراسان بلد الإمام السرخسي.

. . . .

وما كان بعد الإدراك قبل القسمة: فهو عليهما، في ظاهر الرواية، كالحصاد والدِّياس وأشباهه.

وما كان بعد القسمة: فهو عليهما، نحو الحَمْل والحفظ.

ـ والمساقاة: علىٰ هذا القياس، فما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ: فعلىٰ العامل.

وما كان بعده، كالجَذاذ والحفظ: فهو عليهما.

ـ فإن شرطا الجذاذَ علىٰ العامل: لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عُرفَ فيه.

ـ وإن شرطا الحصادَ في الزرع علىٰ صاحب الأرض: لا يجوز بالإجماع؛ لعدم العُرف، والله أعلم.

* * * * *

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة : المساقاةُ بجزءٍ من الثمرة باطلةٌ، وقالا : جائزةٌ إذا ذَكَرَا مدةً معلومةً، وسمَّيا جزءاً من الثمرة مشاعاً.

وتجوز المساقاةُ في النخل، والشجرِ، والكَرْمِ، والرِّطاب، وأصولِ الباذنجان.

كتاب المساقاة

المساقاة: دَفْعُ النخلِ والكَرْم والأشجار المثمرة معاملةً بالنصف أو بالثلث أو بالربع، قلَّ أو كَثُر.

وأهلُ المدينة يسمونها: المعاملة.

قال رحمه الله: (قال أبو حنيفة: المساقاةُ بجزءٍ من الثمرة مشاعاً باطلةٌ) ؛ لأنه استئجارٌ بجزءٍ من المعمول فيه، كقَفيز الطَّحَّان.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: هي جائزةٌ إذا ذَكَرَا مدةً معلومةً، وسَمَّيا جزءاً من الثمرة مشاعاً) ؛ لأن الحاجة داعيةٌ إلىٰ ذلك، فسُومح في جوازها؛ للضرورة.

ـ فإن لم يذكرا المدة: جاز، وتقع علىٰ أول ثمرة تخرج في أول سَنَةٍ.

* قوله: (وتجوز المساقاةُ في النخل والشجر والكَرْم والرِّطاب وأصول الباذنجان).

فإن دَفَعَ نخلاً فيه ثمرةٌ مساقاةً، والثمرةُ تزيدُ بالعمل : جاز .

وإن كانت قد انتهت : لم يجز .

وإذا فسدت المساقاةُ : فللعامل أجرُ مثله .

وتبطل المساقاةُ بالموت .

الرِّطابُ: جمع: رَطْبة: كالقَصْعة والقِصاع، والجَفْنة والجِفان.

والبُقول: غيرُ الرِّطاب، فالبقول مثلُ الكُرَّاث والبَقْل والسِّلْق ونحو ذلك.

والرِّطاب: كالقِثَّاء والبطيخ والرُّمَّان والعنب والسَّفَرجل والباذنجان، وأشباه ذلك.

* قوله: (فإن دفع نخلاً فيه ثمرةٌ مساقاةً، والثمرةُ تزيدُ بالعمل: جاز، وإن كانت قد انتهت: لم يجز)؛ لأن العامل إنما يَستحق بالعمل، ولا أثرَ للعمل بعد التناهي والإدراك.

* قوله: (وإذا فسدت المساقاةُ: فللعامل أجرُ مثله)؛ لأنه في معنىٰ الإجارة الفاسدة، وصار كالمزارعة إذا فسدت.

ـ ثم عند أبي يوسف: له أجرُ مِثله، لا يُزاد علىٰ ما شُرط له.

وعند محمد: له أجرُ مثله، بالغاً ما بلغ.

* قوله: (وتبطل المساقاةُ بالموت).

أما موت صاحب النخل: فلأن النخل انتقل إلىٰ غيره.

وأما موت العامل: فلتعذر العمل من جهته.

. . . .

ـ فإن مات صاحبُ النخل والثمرة بُسْرٌ أخضر: فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلىٰ أن يُدرِك ولو كره ذلك ورثتُه؛ لأن في ذلك دفعَ الضرر عن العامل من غير إضرارٍ بالورثة.

ـ فإن رضيَ العاملُ بالضرر، بأن قال: أنا آخذ نصيبي بُسْراً أخضرَ: فالورثةُ بالخيار بين ثلاثة أشياء:

إن شاؤوا صَرَمُوه، وقَسَموه.

وإن شاؤوا أعطَوْه قيمةَ نصيبه.

وإن شاؤوا أنفقوا علىٰ البُسر حتىٰ يبلغ، ويرجعون بما أنفقوا في حصة العامل.

ـ وإن مات العامل: فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره صاحبُ النخل؛ لأن فيه النظرَ من الجانبين.

ـ وإن أرادوا أن يَصرِموه بُسْراً: كان صاحب النخل بين الخيارات الثلاثة التي ذكرناها.

ـ وإن ماتا جميعاً: فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامَه.

ـ فإن أبىٰ ورثة العامل أن يقوموا عليه: كان الخيارُ لورثة صاحب النخل علىٰ ما بيَّنَّا.

ـ وإذا انقضتْ مدةُ المعاملة وهو بُسرٌ أخضرُ: فللعامل أن يقوم عليه حتىٰ يُدرِك لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره.

وتُفسَخُ بالأعذار، كما تُفسخُ الإجارةُ.

ـ بخلاف المزارعة في هذا؛ لأن الأرض يجوز استئجارها، وكذلك العمل علىٰ العامل ها هنا، وفي المزارعة: عليهما.

* قوله: (وتُفسَخ بالأعذار، كما تُفسَخ الإجارةُ).

ـ ومن الأعذار: أن يكون العامل سارقاً، يُخاف منه سرقةُ السَّعَفِ والثمر؛ لأن فيه ضرراً علىٰ صاحب النخل.

ـ ومن ذلك أيضاً: مرضُ العامل إذا كان يُضعفِه عن العمل، فإن أراد العاملُ تَرْكَ العمل: هل يكون عذراً؟

فيه روايتان: إحداهما: لا، والثانية: نعم، والله أعلم.

* * * * *

كتاب النكاح

كتاب النكاح

النكاحُ في اللغة: حقيقةٌ في الوطء، هو الصحيح، وهو مجازٌ في العقد؛ لأن العقد يُتوصَّل به إلىٰ الوطء، فسُمِّي نكاحاً، كما سُمِّي الكأسُ خمراً.

والدليل علىٰ أن الحقيقة فيه الوطء: قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾. النساء/٢٢، والمراد به الوطء؛ لأن الأمة إذا وطئها الأب: حَرُمتْ علىٰ الابن.

وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾. النور/٣، والمراد به: الوطءُ.

وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «لَعَنَ اللهُ ناكحَ البهيمة»(١).

(١) لم أقف علىٰ هذا اللفظ، وثبت في كتب السنن بلفظ: «ملعونٌ مَن وقع علىٰ بهيمة»، وبلفظ: «مَن وقع علىٰ بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة»، وتُنظر أحاديث عديدة في لعن مَن أتىٰ بهيمة كتاب: «الزواجر»، لابن حجر الهيتمي ١٣٩/٢، التعريف والإخبار للعلامة قاسم ١٩٥/٣، وذكر أن بعضهم رجَّح وقفه، وينظر نصب الراية ٣٤٣/٣.

النِّكاحُ ينعقدُ بالإيجاب والقَبولِ بلفظَيْن يُعبَّر بهما عن الماضي.

أو يُعبَّر بأحدهما عن الماضي، وبالآخر عن المستقبل.

مثلُ أن يقول: زَوِّجْني، فيقول: زوَّجتُك.

---

* قال رحمه الله: (النكاحُ ينعقدُ بالإيجاب والقبول).

لأنه عقدٌ، فافتَقر إلىٰ الإيجاب والقبول، كعقد البيع؛ لأن البُضع علىٰ ملك المرأة، والمالُ يثبتُ في مقابلته، فلم يكن بدٌّ من إيجابٍ من المرأة، أو ممن يلي عليها، وقبولٍ من الزوج.

* قوله: (بلفظَيْن).

وقد ينعقد بلفظٍ واحدٍ، مثل ابنِ العم يُزوِّج ابنةَ عمه من نفسه، فإنه يكفيه أن يقول بحضرة شاهدين: إني تزوجتُ بهذه.

ـ وكذا إذا كان وليَّ صغيرَيْن، أو وكيلاً من الجانبين: كفاه أن يقول: زوَّجتُ هذه من هذا، ولا يَحتاج إلىٰ قبولٍ عندنا، خلافاً لزفر.

ـ وكذا إذا زوَّج أمتَه من عبده، يعني الصغيرَيْن.

* قوله: (يُعبَّر بهما عن الماضي): أي يُبيَّن بهما، والتعبيرُ هو البيان، قال الله تعالىٰ: ﴿إِن كُنتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ﴾. يوسف/ ٤٣، أي تبيِّنون.

* قوله: (أو يُعبَّر بأحدهما عن الماضي، وبالآخرِ عن المستقبل، مثل أن يقول: زوِّجْني، فيقول: زوَّجتُك).

ولا ينعقدُ نكاحُ المسلِمَيْن إلا بحضور شاهدَيْن، حُرَّيْن، بالغَيْن، عاقلَيْن، مسلمَيْن، رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن، . . . .

وهذا استحسانٌ، والقياس أن لا يجوز؛ لأن المستقبَل استفهامٌ، وعِدَةٌ، فلا ينعقد به.

وجه الاستحسان: أن النكاح لا تقع فيه المساومة، فكان القصد بلفظه الإيجابَ، فصار بمنزلة الماضي.

وقوله: وبالآخر عن المستقبل: يريد بالمستقبل: لفظ الأمر، مثل زوِّجْني.

* قوله: (ولا ينعقد نكاح المسلِمَيْن إلا بحضور شاهدَيْن، حُرَّيْن، مسلمَيْن، بالغَيْن، عاقلَيْن، رجلَيْن).

ويشترط حضورهما عند العقد، لا عند الإجازة.

ـ وقيَّد بالحرِّ: لأن العبد لا شهادةَ له؛ لأنه لا يجوز أن يقبل النكاح لنفسه بنفسه.

ـ وقيَّد بالبلوغ والعقل: لأنه لا ولايةَ بدونهما.

ـ ولا بدَّ من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادةَ للكافر علىٰ المسلم؛ لأن الكافر لا يلي النكاحَ علىٰ ابنته المسلمة، فلا يكون شاهداً في مثله.

* قوله: (أو رجلٍ وامرأتين).

عدولاً كانوا أو غيرَ عدولٍ، مَحْدودِيْن في قَذْفٍ، أو غيرَ مَحْدودِين.

وقال الشافعي[١]: لا تُقبل شهادةُ النساء في النكاح والطلاق والعتاق والوكالة.

* قوله: (عدولاً كانوا أو غيرَ عدول، أو محدودِيْن في قذفٍ أو غيرَ محدودِيْن).

ـ ولا يثبت عند الحاكم إلا بالعدول، حتىٰ لو تجاحدا، وترافعا إلىٰ الحاكم، أو اختلفا في المهر: فإنه لا يَقبل إلا العدولَ.

ولأن النكاح له حكمان: حكم الانعقاد، وحكم الإظهار:

فحكم الانعقاد: أن كل مَن ملك القبولَ لنفسه: انعقد النكاح بحضوره، ومَن لا: فلا.

ـ فعلىٰ هذا: ينعقد بشهادة الأعمىٰ والأخرس والمحدود في القذف، وبشهادة ابنَيْه، أو ابنَيْها.

ولا ينعقدُ بشهادة العبد والمكاتَب وإن كان للمكاتب أن يُزوِّج أمتَه؛ لأن ولايته ليست بولاية نفسه، وإنما هي مستفادةٌ من جهة المولىٰ.

ـ وأما حكم الإظهار، وهو عند التجاحد: فلا يُقبل فيه إلا العدول، كما في سائر الأحكام.

ـ ومِن شَرْط الشهادة في انعقاد النكاح: أن يَسمع الشهودُ كلامَهما

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٤٤.

فإن تزوَّج مسلمٌ ذِمِّيةً بشهادة ذِمِّيَّيْن: جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز إلا أن يَشهدَ شاهدان مسلمان.

جميعاً، في حالة واحدة، حتىٰ لو كان أحدُ الشاهدين أصمَّ، فسمع الآخرُ، ثم خرج، وأسمع صاحبَه: لم يجز.

ـ وكذا إذا سمع الشاهدان كلامَ أحدِ العاقدَيْن، ولم يسمعا كلامَ الآخر: لم يصح النكاح.

ـ وهل يُشترط فهمُ الشاهدين العقدَ؟

قال في «الفتاوىٰ»: المعتبر السماعُ، دون الفهم، حتىٰ لو تزوج بشهادة أعجميَّيْن: جاز.

وقال في «الظهيرية»: يُشترط الفهم أيضاً، وهو الصحيح.

* قوله: (فإن تزوج مسلمٌ ذميةً بشهادة ذِمِّيَّيْن: جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف)، يعني في حقِّ الانعقاد، لا في حقِّ الإظهار.

(وقال محمد وزفر: لا يجوز).

فإن وقع التجاحدُ في النكاح، أو في قدر المهر، أو جنسه، فشهد ذمِّيان وهي ذميةٌ:

إن كانت هي المدَّعية: لم تُقبل شهادتُهما، بالإجماع؛ لأن شهادة الذمي علىٰ المسلم لا تُقبل.

وإن كان الزوجُ هو المدعي، وهي تُنكره: قُبلت شهادتهما علىٰ كل حال، في قولهما.

. . . .

وقال محمد: إذا قالا: كان عند العقد معنا مسلمان غيرُنا: تُقبل في صحة النكاح، دون المهر، وإن لم يقولا ذلك: لا تُقبل.

ـ هذا إذا كانا وقت الأداء كافرين، أما إذا كانا وقت التحمُّلِ كافرين، ووقتَ الأداء مسلمين: فعندهما: شهادتهما مقبولةٌ علىٰ كل حال.

وعند محمد: إن قالا: كان عندنا مسلمان غيرُنا: تُقبل، وإلا: فلا.

ـ ثم إذا تزوج ذميةً: فله منعُها عن الخروج إلىٰ البِيَع والكنائس، ولا يُجبرها علىٰ الغُسل من الحيض والنفاس.

ـ قال في «الهداية»[1]: ومَن أمر رجلاً أن يزوج ابنته الصغيرة، فزوَّجها والأبُ حاضرٌ بشهادة رجلٍ واحدٍ سواهما: جاز النكاح؛ لأن الأبَ يُجعل مباشِراً؛ لاتحاد المجلس، ويكون الوكيلُ سفيراً ومعبِّراً، فيبقىٰ المزوِّج شاهداً.

ـ وإن كان الأب غائباً: لم يجز؛ لأن المجلس مختلِفٌ، فلا يمكن أن يُجعل الأبُ مباشراً.

ـ وعلىٰ هذا: إذا زوَّج الأبُ ابنتَه البالغةَ بمَحضر شاهدٍ واحدٍ: إن كانت حاضرةً: جاز، وإن كانت غائبةً: لا يجوز؛ لأنها إذا كانت حاضرةً: تُجعل كأنها هي التي باشرت العقدَ، وكان الأبُ مع ذلك الرجل شاهدين.

---

(١) ١/١٩١.

ولا يَحِلُّ للرجل أن يتزوج بأُمِّه.

ولا بجَدَّاته من قِبَل الرجال والنساء.

ولا ببنتِه، ولا ببنتِ ولدِه، وإن سَفَلت.

ولا بأختِه، ولا ببناتِ أختِه، ولا ببناتِ أخيه.

ولا بعمَّتِه، ولا بخالتِه.

ولا بأمِّ امرأتِه: دَخَلَ ببنتها، أو لم يَدخل.

[المحرَّماتُ من النساء:]

* قوله: (ولا يَحِلُّ للرجل أن يتزوج بأُمِّه، ولا بجَدَّاته).

صوابه: أن يقول: أمَّه، بغير باء؛ لأن الفعل يتعدىٰ بنفسه، قال الله تعالىٰ: ﴿زَوَّجۡنَٰكَهَا﴾. الأحزاب/٣٧، ولم يقل: زوَّجناك بها.

ـ فإن قيل: قد قال الله تعالىٰ: ﴿وَزَوَّجۡنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾. الدخان/٥٤.

قلنا: مراده: قَرنَّاهم بحورٍ عين؛ لأن الجنة ليس فيها عقدُ نكاح.

* قوله: (ولا بابنته، ولا بابنة ولده وإن سَفَلَت، ولا بأخته، ولا ببنات أخيه، ولا ببنات أخته وإن سَفَلْن، ولا بعمَّته، ولا بخالته).

ـ وكذلك عمة الأب والجد، وخالةُ الأب والجد حرامٌ عليه وإن علون.

ـ والحكمة في تحريم هؤلاء: تعظيمُ القرابة، وصَوْنهنَّ عن الاستخفاف، وفي الافتراش استخفافٌ بهن.

* قوله: (ولا بأُمِّ امرأته، دخل بابنتها أو لم يدخل).

ولا ببنتِ امرأتِه التي دخل بها، سواءٌ كانت في حِجْره، أو في حِجْر غيره.

ولا بامرأةِ أبيه وأجدادِه، . . . .

لقوله تعالىٰ ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. النساء/٢٣، من غير قيد الدخول، وإنما تَحرم بمجرد العقد إذا تزوجها تزويجاً صحيحاً.

أما إذا تزوجها تزويجاً فاسداً: فلا تحرم أمُّها، إلا إذا اتصل به الدخول، أو النظر إلىٰ الفرج بشهوة، أو اللمسُ بشهوة.

* قوله: (ولا ببنتِ امرأته التي دخل بها، سواءٌ كانت في حِجره، أو حِجْر غيره).

ـ وكذلك بنتُ الربيبة، وأولادُها وإن سفلن؛ لأن جدتهن قد دخل بها، فحَرُمْن عليه، كأولادها منه، وصارت كأم زوجته، فإنها تحرم عليه هي وأمهاتُها وجداتُها وإن علون، وأمهاتُ آبائها وإن علون.

ـ ثم إذا لم يدخل بالأم: حلَّ له تزويج البنت في الفُرقة والموت؛ لأن الدخول الحكمي: لا يوجب التحريم.

* قوله: (ولا بامرأة أبيه وأجداده)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾. النساء/٢٢، وهو يتناول العقدَ والوطء، فكل مَن عَقَدَ عليها الأبُ عَقْدَ النكاح جائزاً: فهي حرامٌ علىٰ الابن بمجرد العقد.

أما إذا كان النكاح فاسداً: فإنها لا تَحرم بمجرد العقد، إلا إذا اتصل به الوطءُ، أو النظر إلىٰ الفرج بشهوة، أو اللمسُ بشهوة.

ولا بامرأةِ ابنه وبني أولاده.

ولا بأُمِّه من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة.

ـ قال في «شرحه»: سواء وطئها الأبُ حراماً أو حلالاً؛ لأن اسم النكاح يقع علىٰ العقد والوطء جميعاً.

وسواء كان الأب من النسب أو الرضاع في تحريم منكوحته وموطوءته.

ـ ومَن مسَّها أو قبَّلها أو نظر إلىٰ فرجها بشهوة، وكذلك نساء أجداده: حرامٌ عليه.

* قوله: (ولا بامرأة ابنه، وبني أولاده).

ولا يُشترط الدخولُ في امرأة الابن والأب إذا كان النكاح صحيحاً، أما إذا كان فاسداً: يجوز قبل الدخول.

وسواءٌ في ذلك ابنُه من الرضاع، أو النسب.

ـ وكذا امرأةُ ابنِ الابن وإن سَفَل حرامٌ علىٰ الأب.

ـ وأما إذا كان للابن أمةٌ: لا تحرم علىٰ الأب ما لم يطأها الابن؛ لأنها لا تسمىٰ حليلةً، والتحريم مقيَّدٌ بقوله تعالىٰ: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾. النساء/٢٣.

ـ ولا بأس أن يتزوج الرجلُ ربيبةَ أبيه، وأمَّ زوجة أبيه.

ـ وكذا يجوز للأب أن يتزوج أمَّ حليلة ابنه، وبنتَها.

* قوله: (ولا بأُمِّه من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة).

ولا يَجْمَعُ بين أختَيْن بنكاحٍ، ولا بمِلْك يمينٍ وطأً.

ـ وكذلك أمهاتُ التي أرضعته، وبناتُها، وأخواتُها، وبناتُ أخيه، وبناتُ أخته من الرضاعة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «يَحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١].

* قوله: **(ولا يجمع بين أختين بنكاح، ولا بملك يمين).**

معناه: لا يجمع بين أختين بنكاح، يعني عقداً، ولا بملك يمين، يعني وطئاً.

ـ أما في الملك من غير وطء: فله أن يجمع ما شاء.

ـ وسواءٌ كانتا أختين من النسب أو الرضاع.

ـ وإن تزوج أختَ أمةٍ له قد وطئها: صح النكاح، ولا يطأ الأمة وإن كان لم يطأ المنكوحةَ؛ لأن المنكوحة موطوءةٌ حُكماً.

ولا يطأ المنكوحةَ إلا إذا حرَّم الموطوءةَ علىٰ نفسه بسببٍ من أسباب الملك، ببيع أو تزويج أو هبةٍ أو عتق أو كتابة.

وعن أبي يوسف: أن الكتابة لا تُبيح له ذلك.

ـ ولو تزوج جاريةً، فلم يطأها حتىٰ اشترىٰ أختَها: فليس له أن يستمتع بالمشتراة؛ لأن الفراش ثبت لأختها بنفس النكاح، فلو وطئ التي اشتراها: صار جامعاً بينهما بالفراش.

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٤٥)، صحيح مسلم ١٠٦٨/٢.

. . . .

ـ ولو كانت له أمةٌ، فلم يطأها حتىٰ تزوج أختَها: حلَّ له أن يطأ المنكوحةَ؛ لعدم الجمع وطئاً، إذ المرقوقة ليست موطوءةً حُكماً.

ـ وإن تزوج أختين في عقدٍ واحد: يُفرَّق بينه وبينهما.

فإن كان قبل الدخول: فلا شيء لهما، وإن كان بعده: فلكل واحدة الأقلُّ من مهر مثلها ومن المسمىٰ.

ـ ثم لا يجوز له تزوُّج واحدةٍ منهما حتىٰ تنقضيَ عدةُ الأخرىٰ.

ـ وإن تزوجهما في عقدين: فنكاح الأُولىٰ جائزٌ، ونكاحُ الأخرىٰ باطلٌ، ويُفرَّق بينه وبين الأخرىٰ.

فإن كانت غيرَ مدخولة: فلا شيءَ لها، وإن دخل بها: فلها الأقلُّ من مهر مثلها ومن المسمىٰ.

ولا يفسد نكاح الأُولىٰ، إلا أنه لا يطأ الأُولىٰ ما لم تنقضِ عدة الأخرىٰ.

ـ وإن تزوجهما في عقدين، ولا يدري أيتَهما أولاً: فإنه لا يتحرىٰ في ذلك، ولكن يُفرَّق بينهما وبينه؛ لأن نكاح إحداهما باطلٌ بيقين، ولا وجه إلىٰ التعيين؛ لعدم الأولوية، ولا إلىٰ التقييد مع التجهيل، فيتعيَّن التفريق.

ويلزمه نصفُ الصداق، فيكون بينهما، يعني نصف المسمىٰ؛ لأنه وجب للأُولىٰ، وانعدمت الأولوية، فيُصرف إليهما جميعاً.

ولا يَجْمَعُ بين المرأة وعمَّتِها، ولا خالتِها، ولا ابنةِ أخيها، ولا ابنةِ أختِها.

ولا يَجْمَعُ بين امرأتين لو كانت كلٌّ واحدةٍ منهما رجلاً: لم يجز له أن يتزوج بالأخرىٰ.

ولا بأس بأن يَجمعَ بين امرأةٍ، وابنةِ زوجٍ كان لها من قبل.

---

* قوله: (ولا يَجمع بين المرأة وعمَّتها، ولا خالتها، ولا بنتِ أخيها، ولا بنتِ أختها).

ـ فإن قلتَ: لمَ قال: ولا بنتِ أخيها، وقد عُلم بقوله: ولا يَجمع بين المرأة وعمتها؟

قلت: لإزالة الإشكال؛ لأنه ربما يُظنَّ أن نكاح ابنة الأخ علىٰ العمة لا يجوز، ونكاح العمة عليها يجوز؛ لتفضيل العمة عليها، كما لا يجوز نكاح الأمة علىٰ الحرة، ويجوز نكاح الحرة علىٰ الأمة، فبيَّن أن ذلك لا يجوز من الجانبين.

* قوله: (ولا يَجمع بين امرأتين لو كانت كلٌّ واحدة منهما رجلاً: لم يجز أن يتزوج بالأخرىٰ).

سواءٌ كان التحريم بالرضاع أو بالنسب.

* قوله: (ولا بأس أن يَجمع بين امرأةٍ وابنةِ زوجٍ كان لها من قبله)؛ لأنه لا قرابةَ بينهما، ولا رضاعَ.

ومَن زنىٰ بامرأةٍ: حَرُمَتْ عليه أمُّها، وابنتُها.

وقال زفر: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج لو قدَّرتَها ذكراً: لا يجوز له أن يتزوج امرأةَ أبيه.

قلنا: امرأةُ الأب لو صوَّرتَها رجلاً: جاز له تزويج هذه، فالشرط أن يُتصوَّر التحريم من الجانبين.

ـ وحاصله: أن المانع من النكاح خمسةُ أوجه:

النَّسَبُ، والسبب، والجمع، وحقُّ الغير، والدِّين.

فالنسب: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات.

والسبب: الرضاع، والصهورية.

والجمع: هو الجمع بين الأختين، ومَن في معناهما، والجمع بين أكثر من أربع.

والتحريم لحقِّ الغير: زوجةُ غيرِه، ومعتدَّتُه.

والتحريم لأجل الدِّين: المجوسيات، والوثنيات، سواء كان بنكاح، أو بملك يمين.

* قوله: (ومَن زنىٰ بامرأة: حَرُمت عليه أمُّها، وابنتُها).

ـ وكذا إذا مسَّ امرأةً بشهوةٍ: حرمتْ عليه أمُّها وابنتُها.

ـ وكذا إذا مسَّتْه هي بشهوة.

ـ والمشتهاة: أن تكون بنت تسع سنين، فصاعداً.

. . . .

ـ وبنتُ خمسٍ، فما دونها: لا تكون مشتهاةً، وما فوقها إلىٰ الثمان: إن كانت سمينةً: فهي مشتهاةٌ، وإلا: فلا.

ـ وفي «العيون»: إن لم تكن سمينةً: فإلىٰ عشر، وإن كان يُجامع مثلُها: فهي مشتهاةٌ.

ـ ويُكتفىٰ بالمَسِّ بشهوة: أحدُهما، ولا يُشترط انتشار الآلة.

وفي «الهداية»[1]: يُشترط، أو تزدادَ انتشاراً، وهو الصحيح.

ـ فإن كان عِنِّيناً، أو مجبوباً: فهو أن يتحرَّك قلبُه بالاشتهاء.

ـ وإن مسَّها من وراء ثوب: إن كان صفيقاً يمنعُ وصولَ حرارة بدنها إلىٰ يده: لا تثبتُ الحُرمة، وإن كان رقيقاً لا يَمنع: ثبتت.

ـ وإن مسَّ شعرَها بشهوة: إن مسَّ ما اتصل برأسها: ثبتت الحرمةُ، وإن مسَّ المسترسلَ: لا تثبت.

ـ وإنما يَحرم المسُّ إذا لم يُنزِل، أما إذا أنزل باللمس: فالصحيح أنه لا يوجب الحرمةَ؛ لأنه بالإنزال تبيَّن أنه غيرُ مفضٍ إلىٰ الوطء.

ـ وإن مسَّ امرأةً، وقال: لم أشته، أو قبَّلها، وقال ذلك: فإنه يُصدَّق إذا كان المَسُّ علىٰ غير الفرج، والقُبلة في غير الفم، أما إذا كان كذلك: لا يُصدَّق؛ لأن الظاهر يُكذِّبه.

---

(١) ١/١٩٣.

. . . .

ـ وكذا إذا نظر إلىٰ فرج امرأة بشهوة: حُرمت عليه أمُّها وابنتُها.

وتكلموا في النظر إلىٰ الفرج: قال أبو يوسف: النظر إلىٰ منبت الشعر يكفي.

وقال محمد: لا تثبت الحرمة حتىٰ ينظر إلىٰ الشَّقِّ.

وقال السرخسي[1]: لا تثبت حتىٰ ينظر إلىٰ الفرج الداخل.

والأصح أن المعتبر هو النظر إلىٰ داخل الفرج، لا إلىٰ جوانبه، وذلك لا يتحقق إلا عند اتكائها[2]، أما إذا كانت قاعدةً مستويةً، أو قائمةً، فنظر إليه: لا تثبت الحُرمة.

ـ ولا يُشترط في النظر إلىٰ الفرج تحريكُ الآلة، هو الصحيح، وعليه الفتوىٰ.

وفي «الفتاوىٰ»: يُشترط ذلك.

ـ وإن نظر إلىٰ دُبرها بشهوة: لم تحرم عليه أمُّها وبنتُها. كذا في «الواقعات».

ـ وإن نظرت المرأة إلىٰ ذَكَر الرجل بشهوة، أو لمسته، أو قبَّلته بشهوة: تعلَّقت به حرمة المصاهرة، كما لو وُجد منه.

---

(١) المبسوط ٤/٢٠٨.

(٢) وفي نسخ: انكبابها.

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً: لم يَجُزْ له أن يتزوج بأختها حتىٰ تنقضيَ عدَّتُها.

قال في «الينابيع»: النظر إلىٰ الفرج بشهوة يوجب الحرمةَ، سواء كان بينهما حائلٌ، كالنظر من وراء الزجاج، ومن وراء السترة، أو لم يكن حائل.

ـ ولا عبرة بالنظر في المرآة؛ لأنه خيالٌ، ألا ترىٰ أنه يراها من وراء ظهره.

ـ وكذا إذا كانت علىٰ شفا الحوض، فنظر فرجَها في الماء: لا تثبت الحرمة.

ـ وإن كانت هي في الماء، فرأىٰ فرجَها وهي فيه: تثبت الحرمة.

ـ هذا كله إذا كانت حيةً، أما الميتة: فلا يتعلق بلمسها، ولا بوطئها، ولا بتقبيلها حرمةُ المصاهرة.

* قوله: (وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً أو رجعياً[1]: لم يجز له أن يتزوج بأختها حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها).

ـ وكذا كلُّ مَن كانت في علة الأخت، كالعمة والخالة.

ـ وكذا ليس له أن يتزوج أربعاً سواها.

---

(١) قوله: «أو رجعياً»: مثبتٌ في نسخ الجوهرة، وكذلك في الهداية ١/١٩٣، ولم يثبت في النسخ الخطية للقدوري.

. . . .

ـ وإن أعتق أمَّ ولده، ووجبت عليها العدةُ ثلاث حِيَض، فتزوج أختَها في عدتها، أو أربعاً من الأجانب:

قال زفر: لا يجوز كلاهما.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يجوز كلاهما.

وأبو حنيفة فرَّق بينهما، فقال: نكاحُ الأخت: لا يجوز، ونكاح الأربع: يجوز.

أما تزوُّج الأربع سواها في عدتها: فهو جائزٌ عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يجوز؛ لأنها معتدَّةٌ، كالحرة، ولأن العدة إذا حَرَّمت نكاحَ الأخت: حرَّمت نكاحَ الأربع، كعدة الحرة.

ولنا: أن المَنْع من جهة العَدَد يجب تحريمُه بعقد النكاح، وعِدةُ أم الولد لم تجب بعقد النكاح، فلم يَحْرُم الجمعُ.

ـ وليس كذلك تحريمُ الأخت؛ لأن تحريم الجمع بين الأختين لا يختص بالنكاح، بدليل أنه لا يجوز الجمعُ بينهما في الوطء بملك اليمين، ويجوز أن يتزوج المرأةَ وأختُها تحتَه يطأها بملك اليمين؛ لأن الأمة لا فراشَ لها.

وكذا أختُ أمِّ ولده: يجوز له أن يتزوجها.

وإذا جاز النكاح: لم يجز له أن يطأ الزوجةَ حتىٰ يُحرِّم أمتَه، بأن يبيعها أو يُعتِقها أو يُزوِّجها.

ولا يجوز أن يتزوج المولىٰ أمتَه.

ولا المرأةُ عبدَها.

ـ وكذا أمُّ ولده يُعتِقُها، أو يُزوِّجها.

ـ وكذا لا يطأ الأمةَ حتىٰ يُطلِّق الزوجةَ.

ـ وإن تزوج أمةً في عدة حرة من طلاقٍ رجعي: لا يجوز، إجماعاً.

ـ وإن كان الطلاق بائناً: فكذا عند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما: يجوز.

ـ وإن تزوج حاملاً من الزنا: جاز عندهما، ولا يطأها حتىٰ تضع حملَها.

وقال أبو يوسف وزفر: لا يجوز النكاح.

ـ وإن جاءت امرأةٌ مسلمةٌ إلينا من دار الحرب مهاجِرةً: جاز أن تتزوج، ولا عدةَ عليها عند أبي حنيفة، وقالا: عليها العدة.

ـ وهذا إذا كانت حائلاً، أما إذا كانت حاملاً: لم يجز حتىٰ تضع حملَها؛ لأنها حاملٌ بولدٍ ثابتِ النسب.

* قوله: **(ولا يجوز أن يتزوَّج المولىٰ أمتَه، ولا المرأةُ عبدَها).**

يريد بذلك في حقِّ أحكام الأزواج[1]، من ثبوت المهر في ذمة المولىٰ، وبقاء النكاح بعد الإعتاق، ووقوعِ الطلاق عليها، وغير ذلك.

---

(١) وفي نسخ: الازدواج.

ويجوز تزوُّجُ الكتابيات.

ـ أما إذا تزوجها متنزِّهاً عن وطئها حراماً علىٰ سبيل الاحتمال: فهو حَسَنٌ؛ لاحتمال أن تكون حرةً، أو معتَقةَ الغير، أو محلوفاً بعتقها وقد حَنِثَ الحالف، وكثيراً ما يقع، ولا سيما إذا تداولتْها الأيدي.

ـ وكذا لا يجوز للرجل أن يتزوج مَن يَملك منها شِقصاً.

ولا المرأةُ أن تتزوج مَن تملك شِقصاً منه.

ـ وكذا إذا مَلَكَ أحدُهما صاحبَه أو بعضَه بعد النكاح: فسد النكاحُ.

ـ وكذا إذا تزوج أمةً، ثم اشتراها: فسد النكاحُ.

ـ وأما المأذون والمدبَّر إذا اشتريا زوجتَيْهما: لم يفسد النكاح؛ لأنهما لا يملكانها بالعقد.

ـ وكذا المكاتب إذا اشترىٰ زوجتَه: لا يَفسد النكاح؛ لأنه لا يملكها، وإنما يثبت له فيها حقُّ الملك.

ـ وكذا قال أبو حنيفة فيمن اشترىٰ زوجتَه وهو فيها بالخيار: لم يفسد نكاحُها، علىٰ أصله: أن خيار المشتري لا يُدخِل المبيعَ في ملكه.

* قوله: (ويجوز تزوُّج الكتابيات)، سواء كانت الكتابيةُ حرةً، أو أمةً عندنا.

وقال الشافعي[1]: يجوز تزوُّج الحرائر منهم، دون الإماء.

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٨٣.

ولا يجوز تزوُّجُ المجوسِيَّاتِ، ولا الوَثَنيات.

ويجوز تزوُّجُ الصابئيَّات إذا كانوا يؤمنون بنبيٍّ، ويُقِرُّون بكتابٍ.

وإن كانوا يعبدون الكواكبَ، ولا كتابَ لهم: لم تجز مناكحتُهم.

ـ وأما وطؤها بملك اليمين: فيجوز عندنا وعنده.

* قوله: (ولا يجوز تزوُّج المجوسيَّات، ولا الوثنيَّات).

المجوس: قومٌ يَعبدون النارَ، ويَستحلُّون نكاحَ المحارم.

ـ ولو تزوج المسلمُ كتابيةً، فتمجَّست: حرمت عليه، وانفسخ نكاحُها.

ـ وإن تزوج يهوديةً، فتنصَّرت، أو نصرانيةً، فتهوَّدت: لا يفسد نكاحها.

ـ ولو تصابأت: فعند أبي حنيفة: لا يفسد، وعندهما: يفسد.

* قوله: (ويجوز تزوُّج الصابئيَّات عند أبي حنيفة إذا كانوا يؤمنون بنبيٍّ، ويُقِرُّون بكتابٍ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز).

والصابئون: قومٌ عَدَلوا عن دين اليهود والنصارىٰ، وعَبَدَوا الملائكةَ.

مِن: صَبَأ، يصبُو: إذا خرج من دينٍ إلىٰ دين.

وقيل: هم قومٌ يؤمنون بإدريسَ عليه السلام، ويُعظِّمونه.

وقيل: إنهم يزعمون أنهم علىٰ دين نوحٍ عليه السلام، وقِبلتُهم مَهَبُّ الجنوب.

* قوله: (فإن كانوا يعبدون الكواكبَ، ولا كتابَ لهم: لم تجز مناكحتُهم)؛ لأنهم مشركون.

ويجوز للمُحْرِمِ والمُحْرِمة أن يتزوَّجا في حال الإحرام.

وينعقدُ نكاحُ المرأةِ الحُرَّةِ البالغةِ العاقلةِ برضاها وإن لم يَعقد عليها وَلِيٌّ عند أبي حنيفة، بِكْراً كانت أو ثيباً.

---

* قوله: (ويجوز للمُحرِمِ والمُحرِمة أن يتزوَّجا في حال الإحرام).

خلافاً للشافعي[1].

ـ وتزويج المُحرِم وَليَّته: علىٰ هذا الخلاف.

ـ ومَن وطئ جاريتَه، ثم زوَّجها: جاز؛ لأنها ليست فراشاً لمولاها، فإنها لو جاءت بولدٍ: لا يثبت نسبُه من غير دِعوة، إلا أن عليه أن يستبرئها؛ صيانةً لمائه.

ـ وإذا جاز النكاح: فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عندهما.

وقال محمد: لا أُحِبُّ له أن يطأها حتىٰ يستبرئها؛ لاحتمال الشُّغْل بماء المولىٰ.

ولهما: أن الحكم بجواز النكاح أمارةُ الفراغ، فلا يُؤمر بالاستبراء.

ـ وكذا إذا رأىٰ امرأةً تزني، فتزوجها: حَلَّ له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما، وقال محمد: لا أُحِبُّ له أن يطأها حتىٰ يستبرئها، والمعنىٰ ما ذكرنا. كذا في «الهداية»[2].

* قوله: (وينعقد نكاحُ الحرةِ البالغةِ العاقلةِ برضاها وإن لم يَعقد عليها وليٌّ عند أبي حنيفة وزفر، بِكراً كانت أو ثيباً).

---

(١) كنز الراغبين ٣/٢٥٥.

(٢) ١/١٩٥.

وقالا: لا ينعقد إلا بإذن وَلِيٍّ.

وفي «الهداية»[(١)]: أبو يوسف مع أبي حنيفة، في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا ينعقد إلا بولي.

وعند محمد: ينعقد موقوفاً علىٰ إجازة الولي.

ـ ثم إذا انعقد موقوفاً علىٰ قول محمد: لا يجوز إلا بإجازة الولي، فإن امتنع من الإجازة: لم يجز بإجازة الحاكم، بل يُسقِط الحاكمُ ولايةَ الولي، ويعقد عليها عقداً مستأنفاً، وبطل العقد المتقدم؛ لأن كل عقدٍ وقف علىٰ إجازة إنسان: لم يجز أن يقف علىٰ إجازة غيره.

وقال أبو يوسف: إذا امتنع الوليُّ من الإجازة: أجازه الحاكم، يعني أن الحاكم يأمر الوليَّ أولاً بالإجازة، فإن أبىٰ: يقضي عليه بالعَضْل، ويُجبره الحاكم.

ـ فإن مات الزوجُ أو الزوجة قبل الإجازة: فإن كان كُفُئاً: ورثه الباقي عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يرثه، كُفُئاً كان أو غيرَ كفءٍ.

وهي عنده بمنزلة الأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاها، حتىٰ لو طلَّقها، أو ظاهَرَ منها: لا يقع طلاقُه ولا ظهارُه، وإن وطئ: كان وطؤه حراماً.

ـ قال في «الكرخي»: قال أبو يوسف ومحمد: إذا أَذِن الولي للمرأة في

---

(١) ١/١٩٦.

ولا يجوز للوليِّ إجبارُ البِكْر البالغةِ العاقلةِ علىٰ النكاح.

وإذا استأذنها الوليُّ: فسَكَتَتْ، أو ضحكت، أو بَكَتْ بغير صوتٍ: فذلك إذنٌ منها، وإن أَبَتْ: لم يزوِّجْها.

النكاح، فعقدت: جاز.

وقال الشافعي(١): لا ينعقد النكاحُ بقول امرأةٍ بحالٍ.

* قوله: (ولا يجوز للوليِّ إجبارُ البالغة علىٰ النكاح، بِكراً كانت أو ثيباً).

وقال الشافعي(٢): يجوز للأب والجدِّ إجبارُ البكر البالغة.

* قوله: (وإذا استأذنها، فسكتت أو ضحكت: فذلك إذنٌ منها).

وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة: لا يكون رضاً.

ـ وفي «الهداية»(٣): إذا استأمرها غيرُ وليٍّ، أو استأمرها وليٌّ وهناك أَوْلىٰ منه: لم يكن سكوتُها رضاً حتىٰ تتكلَّم؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلىٰ كلامه، فلم يكن دلالةً علىٰ الرضا.

ـ بخلاف ما إذا كان المستأمِرُ رسولَ الولي؛ لأنه قائمٌ مقامه.

ـ ويعتبر في الاستئمار تسميةُ الزوج علىٰ وجهٍ تقع لها المعرفة به؛

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٤٧.

(٢) كنز الراغبين ٣/٢٢٢.

(٣) ١/١٩٧.

. . . .

لتَظهَر رغبتُها فيه، من رغبتِها عنه، يعني أن سكوتَها لا يكون رضاً، إلا إذا بيَّن لها مَن يخطبُها، فسكتت؛ فإنه يكون رضاً.

ـ أما إذا لم يبيِّنْه: فالسكوت لا يكون رضاً؛ لأن الاستئمار لم يكن صحيحاً.

ـ ولا يشترط تسميةُ المهر، هو الصحيح؛ لأن للنكاح صحةً بدونه.

ـ وقال بعضهم: لا يكون رضاً بدونه، والصحيح أن المُزوِّج إذا كان أباً أو جدًّا فذِكْر الزوج: يكفي.

ـ وأما إذا كان غيرَهما: فتُشترط تسميةُ المهر أيضاً.

ـ وإن زوَّجها من غير كُفءٍ: لا يكون سكوتُها رضاً؛ لأن الولي لا يملك تزويجها من غير كفءٍ، فإن بكتْ عند الاستئذان: لا يكون رضاً؛ لأنه دليلُ السُّخط والكراهة، ونفي الرضا.

وقيل: إذا بكت بلا صوتٍ: لم يكن كراهةً، وإن كان مع الصوت: فهو دليل الكراهة.

ولأنه إذا كان من غير صوت: فهو حزنٌ علىٰ مفارقة أبويها وأهلِها، وذلك دليلُ الإجازة.

ـ وأما إذا كان مع الصوت، كالويل والسخط، فهو دليل الكراهة، فلا يكون رضاً.

وإذا استأذن الثيِّبَ : فلا بدَّ من رضاها بالقول.

وقيل: إن كانت الدموع عَذبةً: فهو رضاً، وإن كانت مَلِحَة: فهو كراهة.

وقيل: إن كانت باردةً: فهو من السرور والرضا، وإن كانت حارةً: فليس برضاً.

ـ وإذا قال الولي للبكر: إني أُريد أن أزوِّجك فلاناً، فقالت: غيرُه أَوْلىٰ منه: لم يكن هذا إذناً.

ـ وإن زوَّجها رجلاً، ثم أخبرها، فقالت: كان غيرُه أَوْلىٰ منه: كان هذا إجازة.

ـ وإن قال: أُريد أن أزوِّجك فلاناً، أو فلاناً، أو فلاناً، حتىٰ عدَّ جماعةً، فسكتت: فبأيِّهم زوَّجها: جاز؛ لأن السكوت دليلٌ علىٰ الرضا بأيِّهم زوَّجها.

* قوله: **(وإن استأذن الثيبَ: فلا بدَّ من رضاها بالقول).**

لقوله عليه الصلاة والسلام: «البكرُ تُستأمر، والثيبُ تُعرِب عن نفسها»[1].

ولأن النطق لا يُعدُّ عيباً منها، فلا مانع من النطق في حقها، بخلاف البكر فإنه منها دليلٌ علىٰ قلة حيائها؛ لأنها لم تمارِس الأزواجَ.

---

(١) صحيح البخاري (٥١٣٦)، صحيح مسلم ١٠٣٧/٢، وينظر سنن ابن ماجه (١٨٧١) للفظ: تُعرب.

وإذا زالت بكارتُها بوَثْبةٍ، أو حَيْضةٍ، أو جراحةٍ، أو تَعْنِيسٍ : فهي في حُكم الأبكار.

وإن زالت بكارتُها بزناً : فهي كذلك عند أبي حنيفة، وقالا : هي في حكم الثيب.

---

* قوله: (**وإذا زالت بكارتُها بوَثْبة، أو حيضة، أو جراحة: فهي في حُكْم الأبكار**).

أي تُزوَّج كما تُزوَّج البكر، فيكون سكوتُها رضاً.

ـ وكذا إذا زالت بطَفْرة، وهي: الوثبة من تحت إلىٰ فوق، والوثبة: من فوق إلىٰ تحت.

ـ وإذا تزوجها علىٰ أنها بكرٌ، فوجدها ثيباً حين وطئها: فلها المهرُ كاملاً.

ـ وللأب أن يقبض مهر البكر بغير إذنها، ما لم تنهه عن ذلك.

ـ وليس له أن يقبض مهرَ الثيب إلا بإذنها.

* قوله: (**وإن زالت بزناً: فهي كذلك عند أبي حنيفة**).

يعني أنها تُزوَّج كما تُزوَّج البكر.

(**وقال أبو يوسف ومحمد: تُزوَّج كما تُزوَّج الثيب**)، ولا يُكتفىٰ بسكوتها.

ـ وإن زالت بشُبهة، أو بنكاحٍ فاسد: فهي في حكم الثيب، إجماعاً؛ لأن الشرع أظهر ذلك الفعلَ عليها، حين ألزمها العدةَ والمهرَ، وأثبت النسبَ بذلك.

وإذا قال الزوجُ للبِكْر : بَلَغَكِ النكاحُ فسَكَتِّ، وقالت : بل رَدَدْتُ : فالقولُ قولُها، ولا يمينَ عليها .

ـ ثم الخلاف في زوالها بالزنا إذا لم يُقَم عليها الحدُّ، ولم يَصِرِ الزنا عادةً لها، ولم تَشتهر به، أما إذا وُجد شيءٌ من ذلك: لا يُكتفىٰ بسكوتها، إجماعاً.

* قوله: (**وإذا قال الزوجُ: بلغكِ النكاحُ، فسكَتِّ، فقالت مجيبةً له: بل رددتُ: فالقولُ قولها، ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة**).

ـ وقال زفر: القول قوله.

ـ فإن أقام الزوجُ البينةَ علىٰ سكوتها: ثبت النكاح.

ـ وإن أقاماها جميعاً: فبينتُها أَوْلىٰ؛ لأنها تُثبِت الردَّ، والبينةُ إنما هي علىٰ الإثبات.

ـ وإن أقام الزوجُ بيِّنةً علىٰ أنها أجازت حين أُخبرت، وأقامت هي بينةً علىٰ أنها ردَّت: كانت بينةُ الزوج أَوْلىٰ؛ لأنهما استويا في الصورة، وبيِّنتُه تُثبِت اللزومَ، فترجَّحت علىٰ بينتها.

بخلاف الأُولىٰ؛ لأن ثَمَّ قامت بيِّنتُه علىٰ العدم، وهو السكوت، لا علىٰ إثبات شيءٍ حادثٍ؛ لأنها إنما قامت علىٰ السكوت، وهو عدم الكلام، وبيِّنتُها قامت علىٰ إثبات الرد.

ـ وقوله: ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة: وقال أبو يوسف ومحمد: إن حلفت: برئت، وإن نكلت: لزمها النكاح.

ولا يُستحلَفُ في النكاح عند أبي حنيفة، وقالا: يُستحلَفُ فيه.

---

* قوله: (ولا يُستحلَف في النكاح عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يُستحلَف فيه).

قال في «الكنز»[1]: والفتوىٰ علىٰ قولهما.

ـ والأصل في هذا: أن عند أبي حنيفة لا يُستحلف في ثمانية أشياء: النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والرِّق، والاستيلاد، والوَلاء، والنسب، والحدود.

وعندهما: يُستحلَف في جميعها، إلا في الحدود.

وصورة هذه المسائل:

١ـ إذا ادعىٰ عليها نكاحاً، أو هي عليه، وأنكر الآخرُ.

٢ـ وفي الرجعة: إذا ادعىٰ عليها، أو هي عليه بعد العدة أنه راجعها، وأنكر الآخرُ.

٣ـ وفي الإيلاء: ادعىٰ عليها، أو هي عليه بعد المدة أنه فاء إليها، وأنكر الآخرُ.

٤ـ وفي الرِّق: ادعىٰ علىٰ مجهولٍ أنه عبده، أو ادعىٰ المجهولُ عليه أنه مولاه، وأنكر الآخرُ.

٥ـ وفي الولاء: ادعىٰ علىٰ معروفٍ أنه أعتقه، أو هو عليه، وأنكر الآخرُ.

---

(١) ينظر طبعتي من كنز الدقائق ص ٤٩٦.

وينـعقـدُ النكـاح بلـفـظ النكـاح، والتـزويـج، والتمـليـك، والهبـة، والصدقـةِ.

٦ـ وفي النسب: ادعىٰ علىٰ مجهولٍ أنه ولدُه، أو علىٰ العكس.

٧ـ وفي الاستيلاد: ادعت أمةٌ علىٰ مولاها أنها ولدتْ منه هذا الولد، أو ولداً قد مات، وأنكر المولىٰ.

وأما إذا ادعىٰ المولىٰ ذلك عليها: فلا عبرة بإنكارها: فالدعوىٰ تُتَصوَّر من الجانبين في الكل، إلا في هذه المسألة.

ولهذا قال صاحبُ «المنظومة»[(١)]:

وفي جحود المرء لاستيلادِ.

فقيَّد بجحوده.

* قوله: (**وينعقدُ النكاحُ بلفظ النكاح، والتزويج، والهبة، والصدقة، والتمليك**).

ـ والأصل في هذا: أن النكاح عندنا ينعقدُ بكل لفظةٍ يقع بها التمليك في حال الحياة علىٰ التأبيد.

وهذا احترازٌ عن الوصية والإجارة.

ـ قال في «الهداية»[(٢)]: وينعقد بلفظ البيع، هو الصحيح.

---

(١) في الخلاف للنسفي ص٧٩.

(٢) ١/ ١٩٠.

ولا ينعقدُ بلفظ الإجارة، والإعارة، والإباحة.

وصورتُه: أن تقول المرأة بعتُ نفسي منك، أو قال أبوها: بعتُكَ ابنتي بكذا.

ـ وهل ينعقد بلفظ الشراء؟ مثل أن يقول: اشتريتُكِ بكذا، فأجابت: بنعم. قال أبو القاسم البلخي: ينعقد.

* قوله: (ولا ينعقد بلفظ الإجارة، والإباحة)؛ لأن الإجارة مؤقتةٌ، وذلك ينافي النكاحَ؛ لأن مقتضاه التأبيد.

وأما الإباحة والإعارة والإحلال: فلا ينعقد بها؛ لأنها ليست بسببٍ للملك.

* قوله: (ولا ينعقد بلفظ الوصية[1]).

لأن التمليك فيها مضافٌ إلىٰ ما بعد الموت، فلا ينعقد به.

ـ ولو قال لامرأةٍ: تزوجتُك علىٰ كذا من الدراهم بحضرة الشهود، فقالت: قَبِلتُ النكاحَ، ولا أقبل المهرَ: لم يصح النكاح.

وعن أبي حفص الكبير: يصح؛ لأن النكاح أصلٌ، والمالَ تبعٌ، وقد قَبِلتْ الأصلَ.

ـ ولو قالت امرأةٌ لرجل بحضرة شاهدَيْن: تزوجتُك علىٰ كذا من المال إن أجاز أبي، أو رضيَ، فقال: قَبِلتُ: لا يصح.

---

(١) هذه الجملة لم تثبت في النسخ الخطية من القدوري.

ويجوز نكاحُ الصغير والصغيرة إذا زوَّجهما الوليُّ، بكراً كانت الصغيرةُ أو ثيباً.

فإن كان الأبُ حاضراً في المجلس، فقال: رضيتُ، أو أجزتُ: جاز.

ـ ولو أضاف النكاحَ إلىٰ نصف المرأة، فقال: زوجتُكَ نصفَ ابنتي:

فيه روايتان: أصحُّهما أنه لا يصح؛ لأن التعدي ممتنعٌ، إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلِبُ الحِلَّ في هذا الجزء.

ـ بخلاف ما إذا قال: نصفُك طالقٌ: حيث تصح الإضافةُ، ويقع الطلاق؛ لأن الحِلَّ هنا كان ثابتاً في كل الأجزاء، فلما أوقع الحرمةَ في بعضها: وقع في الكل؛ احتياطاً؛ لعدم التجزؤ.

* قوله: (ويجوز نكاحُ الصغيرِ والصغيرة إذا زوَّجهما الوليُّ، بِكراً كانت الصغيرةُ، أو ثيِّباً).

وقال مالكٌ[1]: لا يُزوِّج الصغيرةَ إلا الأبُ.

وقال الشافعيُّ[2]: إلا الأبُ والجدُّ إذا كانت بكراً، وأما إذا كانت ثيِّباً: فلا يُزوِّجها أحدٌ عنده.

ـ قال في «النوادر»: إذا زوَّج الصغيرَ أو الصغيرةَ غيرُ الأب أو الجدِّ: فالاحتياطُ أن يُعقَد مرتين: مرةً بمهرٍ مسمًّى، ومرةً بغير تسمية؛ لجواز أن يكون في التسمية نقصانٌ، فلا يصح العقد الأول، ويصح الثاني بمهر المثل.

---

(١) جواهر الإكليل ١/٢٧٨.

(٢) كنز الراغبين ٣/٢٢٢.

والوليُّ هو العَصَبَةُ.

ـ ولو أن صغيرةً لا يُستمتَع بها زوَّجها أبوها: فله أن يُطالِب الزوجَ بمهرها، دون نفقتها؛ لأن النفقةَ بإزاء الاحتباس لحَقِّ الزوج، وهي غيرُ محبوسةٍ لحقِّه، والمهرُ بإزاء الملك، وهو ثابتٌ.

ـ ولو أن امرأةً زوَّجت ابنتَها الصغيرةَ، وقَبَضَتْ مهرَها، ثم أدركتِ الصغيرةُ: فإن كانت الأمُّ وصيَّةً: فلها أن تطالِب أمَّها بمهرها، دون زوجها، وإن لم تكن وصيةً: فلها أن تطالِب الزوجَ، ويرجعُ الزوجُ علىٰ أمِّها إن كان المهر قائماً.

ـ وكذا هذا في غير الأب والجد.

* قوله: (والوليُّ هو العَصَبَةُ)، ويُعتبر في الولاية الأقربُ فالأقرب.

ـ فإذا اجتمع وليَّان في درجةٍ واحدة، فزوَّج أحدُهما: جاز، سواء أجاز الآخرُ، أو فسخ.

ـ بخلاف الجارية بين اثنين، إذا زوَّجها أحدُهما: فإنه لا يجوز إلا بإجازة الآخر.

ـ وإذا كانت جاريةٌ بين اثنين، وجاءت بولدٍ، فادعياه حتىٰ ثبت النسبُ منهما: جاز أن يَنفرد أحدُهما بتزويجه أيهما كان.

وقال مالك[1]: لا ينفرد به أحدُهما دون الآخر.

---

(١) جواهر الإكليل ١/٢٧٩.

فإن زوَّجهما الأبُ، أو الجدُّ: فلا خيار لهما بعد بلوغهما.

وإن زوَّجهما غيرُ الأبِ، والجدِّ: فلكل واحدٍ منهما الخيارُ إذا بلغ: إن شاء أقام علىٰ النكاح، وإن شاء فَسَخَ.

---

* قوله: (فإن زوَّجهما الأبُ أو الجدُّ: فلا خيارَ لهما بعد البلوغ)؛ لكمال ولايتهما، ووُفُور شفقتهما، فكأنهما باشراه برضاهما بعد البلوغ.

* قوله: (وإن زوَّجهما غيرُ الأبِ والجدِّ: فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بلغ: إن شاء أقام علىٰ النكاح، وإن شاء فسخ)، وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا خيارَ لهما؛ اعتباراً بالأب والجد.

ولهما: أن قرابة الأخ ناقصةٌ؛ بدلالة أنه لا ولايةَ له في المال.

ـ وإطلاقُ الجواب في غير الأب والجدِّ: يتناول الأمَّ، والقاضي، وهو الصحيح؛ لقصور الرأي في الأمِّ، والشفقة في القاضي، فيتخيَّر. كذا في «الهداية»[1].

ـ وفي «شرحه»: إذا زوَّجهما القاضي، ثم بلغا: فلا خيارَ لهما عندهما، وقال محمدٌ: لهما الخيارُ.

هما يقولان: القاضي يلي عليهما في المال والنكاح بسببٍ واحدٍ، فأشبه الأبَ.

ومعنىٰ قوله: بسببٍ واحدٍ: يُحترز من العمِّ إذا كان وصياً.

---

(١) ١/١٩٩.

. . . .

ومحمدٌ يقول: عَقْدُ الحاكم متأخِّر عن عقد العمِّ، فإذا ثبت لهما الخيارُ بولاية العمِّ: فالحاكم أوْلىٰ.

ـ ثم خيارُ البلوغ علىٰ الفور، فمتىٰ علمتْ بالنكاح، فسكتت عن ردِّه: بطل خيارُها، ولا يمتدُّ إلىٰ آخر المجلس.

ـ قال في «الهداية»[1]: إذا بلغت الصغيرةُ، وقد علمت بالنكاح، فسكتت: فهو رضاً، وإن لم تعلم بالنكاح: فلها الخيارُ حتىٰ تعلم، فتسكت.

ـ شُرِط العلم بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف بحكم الخيار إلا به، والوليُّ ينفرد به، فعُذِرت.

ـ ولم يُشترط العلمُ بالخيار؛ لأنها تتفرغ لمعرفة الأحكام الشرعية، والدارُ دار الإسلام، فلم تُعذر بالجهل.

ـ بخلاف المعتَقة؛ لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها، فتُعذَر بالجهل بثبوت الخيار.

ـ ويُشترط في خيار البلوغ القضاءُ، بخلاف خيار العتق، يعني إذا أدركت الصغيرةُ، وبَلَغَها النكاحُ، فاختارت نفسَها: لم تقع الفُرقةُ إلا بحُكم الحاكم.

ـ وخيارُ البلوغ في حقِّ البكر يَبطلُ بالسكوت.

---

(١) ١/١٩٩.

. . . .

ـ ولا يَبطلُ خيارُ الغلام ما لم يقل: رضيتُ، أو يجيءُ منه ما يُعلم أنه رَضِيَ.

ـ وكذا الجاريةُ إذا دخل بها الزوجُ قبل البلوغ؛ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح.

ـ وخيارُ البلوغ في حقِّ البكر لا يمتدُّ إلىٰ آخر المجلس، يعني أنه يبطل بمجرد السكوت.

ـ ولا يبطل بالقيام في حقِّ الثيب والغلام، وإنما يبطل بالرضا، غيرَ أن السكوت من البكر رضاً.

ـ بخلاف خيار العتق؛ لأنه ثبت بإثبات المولىٰ، وهو الإعتاق، فيُعتبر فيه المجلس، كما في خيار المخيَّرة.

ـ ثم خيارُ العتق يفارِق خيارَ البلوغ من أربعة أوجهٍ:

يقع باختيارها من غير قضاء، ولا يبطل بالسكوت، ولا يَقتصر علىٰ المجلس، ولا يبطل بالجهل به. كذا في «الوجيز».

ـ ثم الفُرقة بخيار البلوغ: ليست بطلاقٍ؛ لأنه يصحُّ من الأنثىٰ، ولا طلاقَ لها.

ـ وكذا خيارُ العتق؛ لِمَا ذكرنا، بخلاف خيار المخيَّرة ؛ لأن الزوج هو الذي مَلَّكَها، وهو مالكٌ للطلاق.

ـ فإن مات أحدُهما قبل البلوغ: وَرِثَه الآخر.

. . . .

ـ وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق؛ لأن العقد صحيح.

ـ قال في «الكرخي»: إذا زوَّج العمُّ الصغيرَ أو الصغيرةَ، ثم بلغا، فإن كانت بكراً، فسكتت عقيبَ بلوغها: سقط خيارُها.

وإن كانت وُطئت قبل البلوغ: لم يبطل خيارُها إلا بالقول أو بالفعل الذي يُستدلُّ به علىٰ الرضا.

ـ وكذا الغلام.

أما البكر: فلأن سكوتها أُجري مجرىٰ قولها: قد رضيتُ، وأما الثيب: فسكوتُها لا يدل علىٰ الرضا، فوَقَفَ الرضا علىٰ قولها، أو ما جرىٰ مجراه.

ـ وكذا الغلام، لا يُستدلُّ بسكوته علىٰ الرضا، فما لم يقل: رضيتُ، أو يفعل فعلاً يُستدلُّ به علىٰ الرضا: لا يسقط خيارُه.

وفي «العيون»: قال هشام عن محمد: في الصغيرة زوَّجها عمُّها، فدخل بها زوجُها، فحاضت عند الزوج: قال: هي علىٰ خيارها، ما لم يجامِعْها الزوج.

قال: قلت: فإن مكثتْ سنةً لم يجامعها، وهي في خدمته؟

قال: هي علىٰ خيارها، ما لم تطلبِ النفقةَ.

ـ قال الخُجَنديُّ: الخيارات ثلاثةٌ: خيار الإدراك، وخيارُ المعتَقة، وخيار المُخيَّرة:

ولا ولاية لعبدٍ، ولا صغيرٍ، ولا مجنونٍ، ولا كافرٍ علىٰ مسلمة.

فخيار المُدرِكة: يَبطل بالسكوت إذا كانت بكراً، فإن كانت ثيباً: لا يبطل بالسكوت.

ـ وإن كان الخيار للزوج: لا يبطل إلا بصريح الإبطال، أو يجيءُ منه دليلٌ علىٰ إبطال الخيار، كما إذا اشتغل بعملٍ آخرٍ، أو أعرض عن الاختيار بوجهٍ من الوجوه.

ـ ولا تقع الفرقةُ إلا بقضاء القاضي.

ـ وعِلْمُ عقد النكاح: شرطٌ، وعِلْمُ الخيار: ليس بشرط.

ـ وأما خيار المُعتَقة: لا يبطل بالسكوت، ويمتدُّ إلىٰ آخر المجلس، وتقع الفُرقة بنفس الاختيار، ولا يَحتاج إلىٰ قضاء القاضي.

ـ وكذلك هذا في خيار المُخيَّرة، أنه لا يَحتاج إلىٰ القضاء، ويَمتد إلىٰ آخر المجلس، ويتعلَّق بعِلْم الخيار.

ـ ثم إذا أدركت الصغيرةُ، واختارت الفُرقةَ قبل الدخول: فلا مهرَ لها، وإن كانت بعد الدخول: فلها المهرُ.

ـ وكذا الصغيرُ إذا اختار الفُرقةَ قبل الدخول: فلا مهرَ عليه.

ـ وليس في الفصول فُرقةٌ تقع من قِبَل الزوج من غير مهر، إلا هذه المسألة.

* قوله: (ولا ولايةَ لصغيرٍ، ولا عبدٍ، ولا مجنونٍ)؛ لأنه لا ولايةَ لهم علىٰ أنفسهم، فأَولىٰ أن لا يَلوا علىٰ غيرهم.

* قوله: (ولا ولايةَ لكافرٍ علىٰ مسلمةٍ).

وقال أبو حنيفة : يجوز لغير العصبات من الأقارب، مثلُ الأختِ، والأمِّ، والخالةِ التزويجُ.

قال الله تعالىٰ: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾. النساء/١٤١، ولهذا لا يتوارثان.

ـ ويجوز للكافر أن يُزوِّج ابنتَه الكافرةَ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾. الأنفال/٧٣، ولهذا يتوارثان.

* قوله: (وقال أبو حنيفة: يجوز لغير العصبات من الأقارب: التزويجُ).

هذا هو المشهور، وهو استحسانٌ.

وقال محمدٌ: لا يجوز.

وقول أبي يوسف مضطربٌ، والأشهر أنه مع محمد.

ـ وهذا عند عدم العصبات، وسواءٌ في ذلك الذكر والأنثىٰ عند أبي حنيفة.

قال في «المنظومة»[1]:

والأمُّ والخالُ وكلُّ ذي رَحِم   لكلِّهم تزويجُ مَن لم يَحتلِم

ـ وأَوْلاهم الأمُّ، ثم الجدةُ، ثم الأختُ للأبوين، ثم الأختُ للأب، ثم الأختُ للأم، ثم أولادُهم.

---

(١) ص٤١٤.

ومَن لا وليَّ لها : إذا زوَّجها مولاها الذي أعتقها : جاز .

وإذا غاب الوليُّ الأقربُ غَيْبةً منقطعةً : جاز لمَن هو أبعدُ منه أن يُزوِّجَها .

ـ وفي «المصفىٰ»: أَوْلاهم الأمُّ، ثم البنتُ، ثم بنتُ الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابنِ الابن، ثم الأختُ للأبوين.

والجدُّ الفاسدُ[1] أَوْلىٰ من الأخت عند أبي حنيفة.

ـ قال شيخ الإسلام: النساءُ اللاتي هنَّ من قوم الأب: ولايتُهم عند عدم العصبات، بإجماعٍ من أصحابنا، وهنَّ: الأختُ للأبوين، والأخت للأب، والعمة، وبنت الأخ، وبنت العم.

ـ وأما الأم والخالة واللاتي هنَّ من قوم الأم: فعند أبي حنيفة لهم الولاية، وعند محمد: لا ولاية لهم.

وأبو يوسف قيل: مع محمد، والأصح أنه مع أبي حنيفة.

ـ وأولوا الأرحام أَوْلىٰ من الحاكم.

* قوله: (ومَن لا وليَّ لها إذا زوَّجها مولاها الذي أعتقها: جاز).

أي مَن لا وليَّ لها من العصبة: زوَّجها مولىٰ العَتاقة، ذكراً كان أو أنثىٰ، ثم ذوو الأرحام بعد ذلك.

ومولىٰ العَتاقة: آخر العصبات، وهو أَوْلىٰ من ذوي الأرحام.

* قوله: (وإذا غاب الوليُّ الأقربُ غَيْبةً منقطعةً: جاز لمَن هو أبعد منه أنه يُزوِّج)، خلافاً لزفر.

---

(١) وفي نسخ: الجدَّةُ الفاسدةُ. ينظر ابن عابدين ٨/٢٦٦ لتصويب ما أثبتُّ.

والغَيْبةُ المنقطعةُ : أن يكون في بلدٍ لا تَصِلُ إليه القوافلُ في السَّنَة إلا مرةً واحدةً.

والأصلُ عندنا: أن الوليَّ الأبعدَ: أَوْلىٰ من السلطان، حتىٰ لو زوَّجها السلطانُ مع حضوره: لم يجز.

وعند الشافعي(١): السلطانُ أَوْلىٰ منه.

ـ وقولُه: جاز للأبعد منه أن يُزوِّج: إلا الأمةَ إذا غاب مولاها: ليس للأقارب تزويجُها.

ـ وأما الوصي: فإنه لا يملك تزويجَ الصغار ولو أوصىٰ إليه الأبُ بذلك؛ لأنه لا قرابةَ له.

* قوله: (والغَيْبةُ المنقطعةُ: أن يكون في بلدٍ لا تصل إليه القوافلُ في السَّنَة إلا مرةً)، هذا اختيار القدوري.

وفي «المصفىٰ»، و«الفتاوىٰ الكبرىٰ»: قدَّروها بثلاثة أيام، وعليها الفتوىٰ.

وقيل: إذا كان بحالٍ يفوتُ الكُفءُ باستطلاع رأيه.

وهذا أقرب إلىٰ الفقه، وهو اختيارُ محمد بن الفضل، ومحمدِ بن مقاتلٍ، وعليه فتوىٰ جماعةٍ من المتأخرين.

وقال زفر: إذا كان لا يَعلم أين هو: فهي غيبةٌ منقطعة.

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٥١ ـ ١٥٢.

* **والكفاءةُ في النكاح معتبرةٌ،** . . . .

ـ وقال الإمام السُّغدي: إذا كان الأقربُ سَيَّاحاً لا يُوقف علىٰ أثره، أو مفقوداً لا يُعلم مكانُه، أو مستخفياً في بلدٍ لا يُوقَف عليه: فهو بمنزلة الغائب غيبةً منقطعة.

ـ وإذا اجتمع الجدُّ والإخوةُ: فالجدُّ أَوْلىٰ عند أبي حنيفة، سواء كانوا الإخوة من أبٍ وأمٍّ، أو من أب.

وعندهما: يجوز لكل واحدٍ منهما أن يزوِّج.

والمراد بالجد: أبو الأب.

* قوله: (**والكفاءةُ في النكاح معتَبَرةٌ**).

ـ قال في «الفتاوىٰ»: تُعتبر عند ابتداء النكاح، ولا يُعتبر استمرُارها بعد ذلك، حتىٰ لو تزوَّجها وهو كُفـءٌ، ثم صار فاجراً: لا يُفسخ النكاح.

ـ ثم الكفاءة إنما تُعتبر لحقِّ النساء، لا لحقِّ الرجال، فإن الشريف إذا تزوج وَضِيعةً دنيئةً: ليس لأوليائه حق الاعتراض؛ لأنه مستفرِشٌ، لا مستفرَشٌ.

ـ والحسيبُ كفءٌ للنسيب، حتىٰ إن الفقيه يكون كفؤاً للعَلَوي؛ لأن شرف العلم: فوق شرف النسب، حتىٰ إن العالم العجمي كفءٌ للعربي الجاهل، والعالمُ الفقير كفءٌ للغني الجاهل.

ـ وأما الكفاءة في العقل: فاختُلف فيها:

فإذا تزوجت المرأةُ غيرَ كفءٍ : فللأولياء أن يفرِّقوا بينهما .

وفي «الفتاوىٰ»: أنها معتبرةٌ في العقل، حتىٰ إن المجنون لا يكون كفؤاً للعاقلة.

* قوله: **(وإذا تزوجت المرأةُ من غير كفءٍ: فللأولياء أن يفرِّقوا بينهما)**.

يعني إذا زوَّجت نفسَها: فلهم أن يُفرِّقوا بينهما؛ دفعاً لضرر العار عن أنفسهم.

ـ وسواء كان الوليُّ ذا رَحِمٍ مَحرمٍ، أو لا، كابن العم، هو المختار. كذا في «الفتاوىٰ».

ـ ولا تكون هذه الفُرقة إلا عند الحاكم.

ـ وسكوتُ الوليِّ عن المطالبة بالتفريق: لا يُبطِلُ حقَّه في الفسخ وإن طال الزمان حتىٰ تلد.

ـ فإذا ولدتْ منه: لم يَبْقَ لهم أن يُفرِّقوا؛ كي لا يضيعَ الولدُ عمن يُربِّيه.

ـ وما لم يَقض القاضي بينهما: فحُكْم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث قائمٌ بينهما.

ـ والفُرقة تكون فسخاً، لا طلاقاً.

ـ فإن لم يكن الزوج دخل بها: فلا شيءَ لها، وإن دخل بها، أو خلا بها خلوةً صحيحة: لزمه كلُّ المسمىٰ، ونفقةُ العدة، وعليها العدة.

والكفاءةُ تُعتبر في النَّسَبِ، والدِّينِ، والمالِ، . . . .

ـ وإن طلَّقها الزوج قبل تفريق القاضي، وقبل الدخول: فلها نصف المسمىٰ.

ـ ولو أنها لمَّا زوَّجت نفسَها بغير كفءٍ جهَّزها الوليُّ، وقبض مهرَها: كان راضياً؛ لأن ذلك تقريرٌ لحكم العقد.

ـ وإن زوَّجها الوليُّ من غير كفء، ثم فارقها الزوج، ثم زوَّجت نفسَها من ذلك الرجل بغير إذن الولي: كان للولي الاعتراضُ؛ لأن الرضا بالأول: لا يكون رضاً بالثاني.

ـ وإن زوَّجها أحدُ الأولياء برضاها من غير كفءٍ: لم يكن لهذا الولي، ولا لمَن هو مثله أو دونه حقُّ الفسخ عندنا، خلافاً لزفر.

ـ ولو أسقط بعضُ الأولياء حقَّه من الكفاءة: سقط حقُّ الباقين إذا رضيت بذلك المرأة عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يَسقط حقُّ مَن لم يرض.

* قوله: (والكفاءة معتبرةٌ في النَّسَب، والدِّين، والمال).

ـ **أما النسب**: فقريشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعض، وليست العرب أكفاء لهم؛ لأنهم فَخَروا بقُرْبهم من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

ـ ولا عبرة لفضل البعض منهم علىٰ بعض، حتىٰ إن الهاشمية لو زوَّجت نفسَها من قرشي غير هاشمي: لا يكون لأوليائها الاعتراض.

ـ وكذا سائر العرب بعضُهم أكفاءٌ لبعض.

. . . .

ـ وبنو باهلةَ ليسوا بأكفاء لعامة العرب؛ لأنهم يُعرَفون بالخساسة.

قيل: إنهم يَستخرجون النِّقِيَّ من عظام الميتة، ويأكلونه.

قال الشاعر:

إذا قيل للكلب يا باهليُّ عوىٰ الكلبُ من لؤم هذا النسب

ـ وأما الموالي: فبعضُهم أكفاءٌ لبعض، سواء كانوا مواليَ لقريشٍ، أو لغيرهم من العرب؛ لأن المعنىٰ الذي فَخَرت به قريشٌ ليس هو في مواليهم، ومعناه: أن موالي العرب أكفاءٌ لموالي قريش. كذا في «الكرخي».

وفي «الخُجَندي»: موالي أشرفِ القوم: لا يساويه موالي الوضيع، حتىٰ إن مولاةَ بني هاشم لو زوَّجت نفسَها من مولىٰ العرب: كان لمواليها الاعتراضُ.

ـ ثم الموالي: مَن كان منهم له أبوان في الإسلام فصاعداً: فهو كفءٌ لمَن له آباء في الإسلام.

ـ ومَن أسلم بنفسه، أو له أبٌ واحدٌ في الإسلام: لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام؛ لأن تمام النسب بالأب والجد.

وأبو يوسف ألحق الواحدَ بالمَثْنىٰ.

ـ وأما مَن أسلم بنفسه: لا يكون كفؤاً لمَن له أبٌ واحدٌ في الإسلام، إجماعاً؛ لأن التفاخر فيما بينهم بالإسلام.

وهو: أن يكون مالكاً للمهر، والنفقة.

ـ وأما العربُ: فمَن تقدَّم له أبٌ واحدٌ في الإسلام: يكون كفؤاً لمن تقدم له آباء في الإسلام؛ لأن فخرهم بالنسب، لا بالإسلام، بخلاف العجم.

ـ **وأما الكفاءة في الدِّين**: يعني الديانة، فتُعتبر أيضاً عندهما، هو الصحيح.

وقال محمد: لا تُعتبر؛ لأنها من أمور الآخرة، إلا إذا كان يُصفَع، ويُسخَر منه، أو يَخرج إلىٰ الأسواق سكران، وتلعب به الصبيان.

* قوله: **(وتُعتبر في المال، وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة)**.

وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية، حتىٰ إن مَن لم يملِكْهما، أو يملك أحدَهما: لا يكون كفؤاً؛ لأن المهر بدلُ البُضع، فلا بدَّ من إيفائه، وبالنفقة قِوام الازدواج ودوامُها عند أبي حنيفة[1].

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر القدرةَ علىٰ النفقة، دون المهر؛ لأنه قد تجري المساهلةُ في المهور.

ـ **وأما الكفاءةُ في الغِنىٰ**: فمعتبرةٌ عند أبي حنيفة ومحمد، حتىٰ إن الفائقةَ في اليَسار: لا يكافئها القادر علىٰ المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنىٰ، ويتعيَّرون بالفقر.

وقال أبو يوسف: لا تُعتبر؛ لأنه لا ثَبات له، إذا المالُ غادٍ ورائح.

---

(١) جملة: عند أبي حنيفة: مثبتة في نسخ، دون أخرىٰ.

وتُعتبر في الصنائع عند أبي يوسف.

وإذا تزوجت المرأةُ، ونَقَصَت من مهر مثلها: فللأولياء الاعتراضُ عليها عند أبي حنيفة حتىٰ يُتِمَّ لها مهرَ مثلها، أو يفارقَها.

قال بعضهم: وهذا أصح؛ لأن كثرة المال مذمومٌ في الأصل.

* قوله: (وتُعتبر في الصنائع أيضاً)، وهذا عندهما.

وعن أبي حنيفة روايتان: في روايةٍ: لا تُعتبر، وهو الظاهر، حتىٰ إن البَيْطار يكون كفؤاً للعطَّار.

وفي روايةٍ: هم أكفاءُ بعضهم لبعض، إلا الحائكَ والحجَّامَ والدباغ والكنَّاس والحلاَّق، فإنهم لا يكونون أكفاء لسائر الحِرَف، ويكون بعضهم أكفاء لبعض.

* قوله: (وإذا تزوجت المرأةُ، ونَقَصَتْ من مهر مثلها: فللأولياء الاعتراضُ عليها عند أبي حنيفة، حتىٰ يُتِمَّ لها مهرَ مثلها، أو يفارقَها).

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك.

ـ وهذا الوضع إنما يصح علىٰ قول محمدٍ، علىٰ اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير ولي، وقد صح رجوعه.

ـ قال في «شرح المختار»: رجع محمدٌ إلىٰ قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام.

ـ وحكىٰ أبو جعفر الهُنْدُواني: أن امرأةً جاءت إلىٰ محمدٍ قبل موته بثلاثة أيام، فقالت له: لي وليٌّ لا يُزوِّجني إلا بعد أن يأخذ مني مالاً كثيراً.

وإذا زوَّج الأبُ ابنتَه الصغيرةَ، ونَقَص مِن مهرٍ مثلها، أو ابنَه الصغيرَ، وزاد في مهر امرأته : جاز ذلك عليهما.

فقال لها محمد: اذهبي فزوِّجي نفسَك.

وصورتُه علىٰ الرواية التي لم يَرجع عنها في صورتين:

إحداهما: أن يأذن لها الوليُّ في التزويج، ولم يُسَمِّ مهراً، فعقدت علىٰ هذا الوجه.

والثانية: أن السلطان إذا أكره المرأةَ ووليَّها علىٰ تزويجها بدون مهر المثل: فالعقدُ جائزٌ.

ـ ثم إنه إذا زال الإكراهُ، ورضيت المرأةُ بذلك المهر دون الولي: فعلىٰ قول أبي حنيفة: له الفسخ؛ لأجل التبليغ إلىٰ مهر المثل، وعندهما: ليس له ذلك.

ـ قوله: أو يُفارقَها: ولا تكونُ هذه الفُرقة إلا عند القاضي، وما لم يقض القاضي بالفرقة: فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث قائمٌ.

ـ ثم إذا فرَّق القاضي بينهما: إن كان بعد الدخول: فلها المسمَّىٰ، وإن كان قبله: فلا شيءَ لها.

* قوله: (وإذا زوَّج الأبُ ابنتَه الصغيرةَ، ونَقَصَ من مهر مثلها، أو ابنَه الصغيرَ، وزاد في مهر امرأته: جاز ذلك عليهما).

ـ ولا يجوز ذلك لغير الأبِ والجدِّ، وهذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا يجوز الحَطُّ والزيادةُ إلا بما يُتغابَن فيه.

ولا يجوز ذلك لغير الأب، والجدِّ.

ومعنىٰ هذا الكلام: أنه لا يجوز العقدُ أصلاً عندهما، وظنَّ بعضهم أن الزيادة والنقصان لا يجوز، وأما أصل النكاح فيجوز، والأصحُّ أن النكاح لا يجوز عندهما.

ـ والخلاف فيما إذا لم يُعرَف، سواء اختيار الأب مَجَانةً أو فسقاً، أما إذا عُرف ذلك منه: فالنكاح باطلٌ، إجماعاً.

ـ والذي يُتغابَن فيه في النكاح: ما دون نصف المهر. كذا أفاد شيخنا موفق الدين رحمه الله، وقيل: ما دون العُشْر.

ـ ولو وكَّل الأبُ مَن يزوِّجُ الصغيرَ أو الصغيرةَ، فزوَّجهما الوكيل بغَبْنٍ فاحشٍ: فهو علىٰ هذا الاختلاف.

ـ ومَن زوَّج ابنتَه الصغيرةَ عبداً، أو ابنَه الصغيرَ أمةً: جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز.

* قوله: (ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد).

يعني إذا زوَّج الصغيرَ أو الصغيرةَ غيرُ الأبِ والجدِّ: فإنه لا يجوز، إلا أن تكون الزيادةُ والنقصانُ مما يُتغابَن فيه، إجماعاً.

ـ قال في «النوادر»: إذا زوَّجهما غيرُ الأب والجدِّ: فالاحتياط أن يعقد مرتين: مرةً بمهرٍ مسمًّى، ومرةً بغير تسمية؛ لجواز أن يكون في التسمية نقصانٌ، فلا يصح الأولُ، ويصح الثاني بمهر المثل.

ويصحُّ النكاحُ إذا سَمَّىٰ فيه مهراً، ويصحُّ وإن لم يسمِّ فيه مهراً.
وأقلُّ المهر عشرةُ دراهمَ.

---

* قوله: **(ويصح النكاحُ إذا سمَّىٰ فيه مهراً، ويصح وإن لم يُسمِّ فيه مهراً)**.

ـ وكذا إذا تزوجها بشرطِ أن لا مهرَ لها.

ـ وقد قالوا: إن نكاح الشِّغَار منعقدٌ، والشرطُ باطلٌ، ولكل واحدةٍ من المرأتين مهرُ مثلها، وهو أن يُزوِّج الرجلُ ابنتَه علىٰ أن يزوِّجه الزوجُ أختَه أو أُمَّه، علىٰ أن يكون بُضْعُ كلٍّ واحدةٍ منهما صَداقَ الأخرىٰ: فعندنا يجوز النكاح، ولكل واحدةٍ منهما مهرُ مثلها.

وقال الشافعي[١]: لا يجوز هذا النكاح.

وأما نهيُه عليه الصلاة والسلام عن نكاح الشِّغار[٢]: فهو الخالي عن المهر، وهو أن يأذن لعبده يتزوج برقبته: فإنه لا يجوز؛ لأنه إذا تزوَّجها برقبته: مَلَكَتْه، وانفسخ النكاحُ، وإن تزوَّجَتْه بلا مهر: لا يجوز، وهو نكاح الشِّغار.

* قوله: **(وأقلُّ المهر عشرةُ دراهم)**، أو ما قيمتُه عشرة دراهم يوم العقد، لا يوم القبض.

---

(١) كنز الراغبين ٣/٢١٨.

(٢) صحيح مسلم (١٤١٦).

فإن سمَّىٰ أقلَّ من عشرة دراهم : فلها العشرة .

ومَن سمَّىٰ مهراً عشرةً، فما زاد : فعليه المسمَّىٰ إن دخل بها، أو مات عنها .

والمعتبر وزنُ سبعةٍ[1]، وهو أن يكون زِنَةُ كلٍّ درهم أربعة عشر قيراطاً.

* قوله: **(فإن سمىٰ أقلَّ من عشرة: فلها عشرةٌ)**.

وقال زفر: لها مهر مثلها.

ـ فإن طلقها قبل الدخول: فلها خمسةٌ.

وعند زفر: تجب لها المتعة، كما إذا لم يُسمِّ شيئاً.

ـ وإذا تزوَّجها علىٰ ثوبٍ يساوي عشرة دراهم، فلم تقبضه حتىٰ صار يساوي خمسةً: فالعقد صحيحٌ، ولها الثوبُ، لا غير؛ لما بيَّنَّا أن المعتبر القيمةُ يوم العقد.

ـ ولو تزوَّجها علىٰ ثوبٍ يساوي ثمانيةً، فلم تقبضه حتىٰ صار يساوي عشرة: فلها الثوب ودرهمان.

* قوله: **(وإن سمَّىٰ مهراً عشرةً، فما زاد: فلها المسمىٰ إن دخل بها، أو مات عنها)**.

---

(١) أي عشرة دراهم تعادل وزن سبعة مثاقيل، والمثقال يعادل (٤,٥٣) غ، فتكون عشرة دراهم بوزن: (٣١,٧١) غ فضة، ينظر الإيضاح والتبيان ص٦١، مع تعليقات د/محمد خاروف.

. . . .

ـ وكذا إذا ماتت هي: فلها المسمىٰ أيضاً.

ـ وكذا إذا قتلتْ نفسَها قبل الدخول: فإنه يجب لها كمالُ المهر؛ لأن قَتْلَها نفسَها كموتها.

وعند الشافعي[1]: يَسقط مهرُها.

ـ وإن كانت أمةً، فقتلتْ نفسَها:

روىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يسقط مهرها؛ لأن جنايتها محمولةٌ علىٰ السيد، فكأنه قَتَلَها.

وروي عن أبي حنيفة: أنه لا يسقط، وهو قولهما؛ لأن جنايتها علىٰ نفسها هَدَرٌ، كموتها.

ـ وإن قَتَلَها مولاها قبل الدخول: سقط مهرُها عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يَسقط.

ـ هذا إذا كان المولىٰ بالغاً عاقلاً، أما إذا كان صبياً أو مجنوناً: لا يَسقط، إجماعاً.

ـ وإن قتل المولىٰ زوجَها: يَسقط، إجماعاً.

قال في «المنظومة»[2]: ويسقط المهر بقتل السيد.

---

(١) الحاوي ٩/١٧٢.

(٢) في الخلاف للنسفي ص٨٧.

وإن طلَّقها قبل الدخول بها، أو الخلوة: فلها نصف المسمَّىٰ.

فقوله: يسقط: دليلٌ علىٰ أنه غير مقبوض، فإن كان مقبوضاً: رده علىٰ الزوج عنده، خلافاً لهما.

* قوله: (وإن طلَّقها قبل الدخول بها، أو الخلوة: فلها نصف المسمىٰ).

ـ فإن تزوَّجها علىٰ أقلَّ من عشرة، ثم طلقها قبل الدخول: فلها نصف ما سمىٰ، وتمامُ خمسةٍ.

ـ واختلفوا في نصف المسمىٰ: فمنهم مَن قال: إن الطلاق يُسقِطُ نصفَ المهر، ويُبقي نصفَه.

ومنهم من قال: يُسقِط جميعَه، وإنما يجب نصفُه علىٰ طريق المتعة.

وصحَّح هذا في «الهداية»[1] في باب الرجوع عن الشهادات.

وفائدته: إذا تزوجها علىٰ مائةٍ درهم، ورَهَنَها بها رهناً، ثم طلقها: فعلىٰ القول الأول: لها إمساكُ الرهن، وعلىٰ الثاني: لا.

ـ وفي «المصفىٰ»: إذا رهنها بالمسمىٰ، وطلَّقها قبل الدخول: فهو رهنٌ بالنصف، بالإجماع.

ـ وإن تزوَّجها علىٰ عبدٍ أو جاريةٍ أو حيوان أو نخل، فحدث من ذلك زيادةٌ:

---

(١) ٣/١٣٤.

. . . .

ـ إن كانت متصلةً حادثةً من الأصل، كالسِّمَن، وزوالِ البياض من العين، أو كان أخرسَ فتكلم، أو نخلاً فأثمر، أو منفصلةً حادثةً من الأصل، كالولد والثمر والأرش والعُقر، وكان ذلك الحدوث في يد الزوج قبل أن تقبض المرأة الأصل، ثم طلقها قبل الدخول: فإن الأصل والزيادة يتنصَّفان، إجماعاً.

ـ وإن كانت الزيادة منفصلةً غيرَ حادثة من الأصل، كالكسب والهبة: فإن الأصل يتنصَّف، والزيادة كلها للمرأة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما يتنصفان.

ـ وأما إذا كانت متصلةً غيرَ حادثة من الأصل، كالصَّبْغ: صارت المرأة قابضةً بذلك، ويجب عليها نصف القيمة يومَ حُكِم بالقبض.

ـ وأما إذا قبضت المرأة الأصلَ، وحصلت الزيادة في يدها: إن كانت متصلةً حادثةً منه، كالسِّمَن وزوالِ البياض من العين: امتنع التنصيف، وللزوج عليها نصفُ القيمة يومَ سلَّمه إليها، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمتنع التنصيف.

ـ وإن كانت منفصلةً حادثةً منه، كالولد والثمر والأرش والعُقر: امتنع التنصيف، إجماعاً، وكان الأصل والزيادة لها، وللزوج عليها نصف قيمة الأصل يوم سلَّمه إليها.

ـ وإن كانت منفصلةً غيرَ حادثة من الأصل، كالكسب والهبة: فإن

فإن تزوجها ولم يسمِّ لها مهراً، أو تزوَّجها علىٰ أن لا مهرَ لها : فلها مهرُ مِثْلِها إن دَخَل بها، أو مات عنها.

وإن طلَّقها قبل الدخول بها، أو الخلوة : فلها المتعةُ : وهي ثلاثةُ أثوابٍ من كِسوة مِثْلِها، وهي : دِرْعٌ، وخِمارٌ، ومِلْحَفَةٌ.

وإن تزوَّج المسلمُ علىٰ خمرٍ، أو خنزير : فالنكاحُ جائزٌ، ولها مهرُ مثلها.

الزيادة تكون للمرأة، إجماعاً، والأصلُ بينهما نصفان، إجماعاً أيضاً.

* قوله: (فإن تزوَّجها، ولم يسمِّ لها مهراً، أو تزوَّجها علىٰ أن لا مهرَ لها: فلها مهر مثلها إن دخل بها، أو مات عنها)، وكذا إذا ماتت هي.

* قوله: (فإن طلَّقها قبل الدخول بها، أو الخلوة: فلها المتعة: وهي ثلاثةُ أثواب من كسوة مثلها، وهي: دِرعٌ وخِمارٌ ومِلْحَفَةٌ).

ـ ثم إذا كانت المتعةُ أكثرَ من نصف مهر المثل: فلها نصف مهر المثل؛ لأن المتعة بدلٌ عن نصف مهر المثل.

ـ وقوله: من كسوة مثلها: إشارةٌ إلىٰ أنه يُعتبر حالها، وهو قول الكرخي، والصحيح أنه يعتبر حاله؛ لقوله تعالىٰ ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾. البقرة/٢٣٦.

* قوله: (وإن تزوج المسلم علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ: فالنكاح جائزٌ، ولها مهرُ مثلها).

. . . .

ـ وإن خالعها علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ: لا شيءَ للزوج.

والفرقُ أن دخول البُضع متقوِّمٌ، فلا يُملك إلا بعوض، وخروجَه غيرُ متقوِّمٍ.

ـ وإذا تزوجها علىٰ هذا الدَّنِّ من الخَلِّ، فإذا هو خمرٌ: فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وعندهما: لها مثلُ وزنه خلاً.

ـ وإذا تزوَّجها علىٰ هذا العبد، فإذا هو حرٌّ: يجب مهرُ المثل عندهما.

وقال أبو يوسف: تجب قيمته لو كان عبداً.

فمحمدٌ مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبي يوسف في الخل.

ـ وإذا تزوجها علىٰ هذين العبدين، فإذا أحدهما حرٌّ: فليس لها إلا الباقي منهما إذا ساوىٰ عشرةَ دراهم، فصاعداً عندهما.

وقال أبو يوسف: لها الباقي، وقيمةُ الآخر لو كان عبداً.

ـ وإن تزوجها علىٰ هذين الدَّنَّيْن من الخل، فإذا أحدهما خمرٌ: فلها الباقي عند أبي حنيفة إذا كان يساوي عشرةَ دراهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: لها الباقي، ومثلُ ذلك الدنِّ من الخل.

ـ وإن تزوجها علىٰ هذه الشاة المسلوخة، فإذا هي ذبيحةُ مجوسيٍّ، أو متروكة التسمية عمداً، أو ميتة: فلها مهر المثل عندهما.

وقال أبو يوسف: لها قيمتُها لو كانت ذكيةً.

وإن تزوجها ولم يسمِّ لها مهراً، ثم تراضيا علىٰ تسميةِ مهرٍ : فهو لها إن دخل بها، أو مات عنها.

وإن طلَّقها قبل الدخول بها، أو الخلوة : فلها المتعةُ.

ـ وإن تزوجها علىٰ هاتين المسلوختين، فإذا إحداهما ميتة: فعندهما: لها الباقي، وعند أبي يوسف: لها الباقي، وقيمةُ الأخرىٰ.

ـ ولو تزوجها علىٰ هذا الحرِّ، وأشار إليه، فإذا هو عبدٌ، أو علىٰ هذه الميتة، فإذا هي ذكيةٌ: فلها ذلك، إجماعاً.

أما علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد: فلأن الحكم يتعلق بالمُشار إليه، دون المسمىٰ؛ لأن الإشارة أبلغُ من التسمية، والمشارُ إليه مالٌ.

وكذا علىٰ قول أبي يوسف؛ لأن الحكم عنده يتعلق بالحلال منهما، والمشار إليه حلال.

ـ وإذا تزوجها علىٰ هذا الدَّنِّ من الخمر، فإذا هو خلٌّ: فلها ذلك عند أبي حنيفة؛ لأن الحكم يتعلق بالمُشار إليه، وكذا عند أبي يوسف؛ لأنه يتعلق بالحلال منهما.

وقال محمد: لها مهرُ المثل.

* قوله: (فإن تزوجها، ولم يسمِّ لها مهراً، ثم تراضيا علىٰ تسمية مهرٍ: فهو لها إن دخل بها، أو مات عنها).

ـ وكذا إذا فَرَضَه الحاكم بعد العقد: قام مقامَ فرضهما.

* قوله: (فإن طلقها قبل الدخول بها: فلها المتعة).

وإن زادها في المهر بعد العقد : لزِمَتْه الزيادةُ إن دخل بها، أو مات عنها، وتسقط الزيادةُ بالطلاق قبل الدخول.

وإن حطَّت عنه من مهرها : صحَّ الحطُّ.

وقال أبو يوسف: لها نصف الفريضة.

* قوله: **(وإن زادها في المهر بعد العقد: لزمته الزيادةُ)**.

يعني إذا قَبِلَت المرأةُ الزيادةَ.

وقال زفر: هي هبةٌ مبتَدَأةٌ، إن قبضتها: صحت، وإن لم تقبضها: لم تصح.

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾. النساء/٢٤، وقد تراضيا بالزيادة، **(وإذا صحت الزيادة: تسقط بالطلاق قبل الدخول)**.

وقال أبو يوسف: تتنصف مع الأصل.

* قوله: **(وإن حطَّت عنه من مهرها: صحَّ الحطُّ)**؛ لأن المهر حقُّها، والحطُّ يلاقي حقَّها.

ـ وكذا إذا وهبت مهرَها لزوجها: صحَّت الهبةُ، وليس لأوليائها، أبٍ ولا غيرِه الاعتراضُ عليها؛ لأنها وهبت ملكها.

ـ بخلاف ما إذا زوَّجت نفسَها، وقصَّرت عن مهرها: فإن لهم الاعتراضُ عند أبي حنيفة؛ لأن الأمهار من حقِّهم، وقد تصرفت في خالص حقهم؛ لأنها تُلحِق بهم الشَّيْنَ بذلك.

وإذا خلا الزوج بامرأته، وليس هناك مانعٌ من الوطء، ثم طلَّقَها: فلها كمالُ مهرها.

ـ ويجوز للمولىٰ أن يَهَبَ صداقَ أمتِه ومدبرتِه وأمِّ ولده؛ لأنه ملكه.

ـ وليس له أن يهب مهرَ مكاتبته، ولا يبرأ الزوجُ منه بدفعه إليه.

* قوله: (**وإذا خلا الزوجُ بامرأته، وليس هناك مانعٌ من الوطء، ثم طلقها: فلها كمال المهر**)، وعليها العدة.

ـ وهذا إذا كانت الخلوةُ صحيحةً، أما إذا كانت فاسدةً: فإنها توجب العدة، ولا توجب كمالَ المهر.

وإنما وجبت العدة؛ لأنهما متَّهمان في الوطء، والعدة تجب للاحتياط.

ـ والخلوة الصحيحة: أن تسلِّم نفسَها، وليس هناك مانعٌ، لا من جهة الطبع، ولا من جهة الشرع.

والفاسدة: أن يكون هناك مانعٌ، إما طبعاً، وإما شرعاً، فالطبع: أن يكونا مريضين، أو أحدُهما مريضاً مرضاً لا يُمكن معه الجماعُ، أو بها رَتَقٌ، أو معهما ثالثٌ.

والذي من جهة الشرع: أن يكونا مُحرِمَيْن، أو أحدُهما إحرامَ فرضٍ أو تطوع، أو صائمين أو أحدُهما صومَ فرضٍ ـ وأما صومُ التطوع: فهو غير مانع ـ أو كانت حائضاً أو نفساء.

ـ واختلفت الرواية في صوم غير رمضان:

فقال في الرواية الصحيحة: إن صومَ التطوع، وقضاءَ رمضان،

وإن كان أحدُهما مريضاً، أو صائماً في رمضان، أو مُحْرِماً بفرضٍ أو نفلٍ بحجٍّ أو عمرةٍ، أو كانت حائضاً: فليست بخلوةٍ صحيحةٍ، ولو طلَّقها: فيجب نصفُ المهر.

والكفارات، والنذور: لا يمنع الخلوةَ؛ لأن الضرر فيها بالفطر يسيرٌ؛ لأنه لا يلزمه إلا القضاء، لا غير.

وليس كذلك رمضان، فإنه تجب به الكفارة، ولهذا سوَّوْا بين حج الفرض والنفل؛ لأن الكفارة تجب فيهما جميعاً.

وفي رواية أخرىٰ: أن نفلَ الصوم: كفرضه.

* قوله: (فإن كان أحدُهما مريضاً، أو صائماً في شهر رمضان، أو مُحرِماً بحجٍّ أو عمرة، أو كانت المرأةُ حائضاً: فليست بخلوةٍ صحيحة).

ـ حتىٰ لو اختلفا في عدم الدخول: كان القول قولَه.

ـ والمراد من المرض: ما يمنع الجماع، أو يَلحقُه به ضررٌ، سواء كان المرض بالرجل أو بالمرأة.

ـ والصلاةُ: كالصوم، فرضُها: كفرضه، ونفلها: كنفله.

وقيل: سنة الفجر والأربع قبل الظهر: تمنع صحة الخلوة. كذا في «الوجيز».

ـ وقوله: أو مُحرِماً بحجٍّ، سواء كان الحج فرضاً أو نفلاً.

ـ وكذا إذا كان مُحرِماً بعمرة؛ لما يلزمه من القضاء والكفارة، أي من الدم، وفسادِ النُّسُك، والقضاء.

. . . .

ـ وإن خلا بها، وليس هناك مانعٌ من الوطء، إلا أنه لا يَعرفها، ولبثتْ معه ساعةً، ثم خرجت، أو هو دخل عليها، ولم يعرفها: لا تكون هذه خلوةٌ ما لم يعرفها. كذا في «الواقعات».

ـ ولو خلا بها، وهناك إنسانٌ يَعقل حالَهما: لم تصحَّ الخلوة.

ـ وأما النائم: فيؤثِّر؛ لجواز أن يُظهِرَ النومَ وهو منتبهٌ، فلا تصح الخلوة معه.

وقيل: إن كان بالنهار: لا تصح الخلوة، وإن كان بالليل: صحت.

ـ وإن كان معهما أعمىً، أو عمياءَ: إن كانا يقفان علىٰ حالهما: لم تصح الخلوةُ، وإن لم يقفا: صحت.

ـ وإن كان أصمَّ: إن كان بالنهار: لا تصح، وإن كان ليلاً: صحت.

ـ وإن كان معهما جاريةُ الرجل: قال أبو يوسف: لا تصح.

وقال محمد: تصح.

ـ وإن كان معهما جاريةُ المرأة: اختلفوا فيه: والفتوىٰ علىٰ أنها تصح.

ـ وإن خلا بها، ومعها كلبُ أحدهما:

قال الحَلوانيُّ: إن كان لها: لم تصحَّ الخلوة؛ لأنه إذا رآها ساقطةً تحت رجلٍ: يصيحُ، فلم تصحَّ.

وإن كان للرجل: صحت.

. . . .

ـ وإن خلا بها في مسجدٍ أو طريقٍ أو صحراء: فليس بخلوةٍ.

ـ وإن خلا بها في الحَمَّام: إن كان نهاراً: لا تصح، وإن كان ليلاً: صحت.

ـ وإن خلا بها علىٰ سطحٍ لا حِجابَ عليه: فليست بخلوة، وإن كان ليلاً: صحت.

ـ وإن خلا بها في مَحمِلٍ عليه سَتْر مضروبٌ ليلاً أو نهاراً: إن أمكن الوطءُ: صحت، وإلا: فلا.

ـ وإن خلا بها، ولم تُمكِّنه من نفسها:

قال بعضُهم: لا تصح، وقال بعضُهم: إن أمكنه وطؤها: صحت.

ـ قال في «الفتاوىٰ»: كل موضعٍ فسدت فيه الخلوةُ مع القدرة عن الجماع حقيقةً، فطلَّقها: كان عليها العدة.

وإن كان عاجزاً عن الجماع: لا تجب العدة.

ـ دلت هذه المسألةُ علىٰ أن خلوة المريض لا توجب العدةَ إذا كان عاجزاً عن الجماع، وكذا خلوةُ الصغير؛ لأنهما لا يُتَّهمان.

ـ وكذا إذا كانت هي مريضةٌ مُدْنَفَة لا تُجامَع، أو صغيرةً لا تُجامع.

ـ ثم إن أصحابنا أقاموا الخلوةَ مقامَ الوطء في بعض المواضع، دون بعض، من ذلك:

وإذا خلا المجبوبُ بامرأته، ثم طلقها: فلها كمالُ المهر عند أبي حنيفة.

تأكُّد المهر المسمىٰ، وتأكُّد مهرِ المثل، ووجوبُ العدة، وحرمةُ نكاح أختها، وأربعٍ سواها، وثبوتُ النسب، والنفقةِ، والسكنىٰ في هذه العدة، وحرمةُ نكاحِ الأمة علىٰ الحرة علىٰ قياس قول أبي حنيفة.

ـ ولم يقيموها مقامَ الوطء في حق الإحصان، وحرمةُ البنات، وحِلَّها للأول، يعني المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت بزوجٍ آخر، وخلا بها، ولم يطأها: لم تحلَّ للأول.

ـ وكذا لم يقيموا الخلوةَ مقامَ الوطء في حقِّ الرجعة، والميراث.

ـ وأما وقوع طلاقٍ آخر: فقد قيل: يقع، وقيل: لا يقع، وهو الأقرب إلىٰ الصواب.

ـ وفي «البزدوي»: إذا طلَّقها بعد الخلوة: فإنه كالطلاق قبل الدخول في حقِّ البينونة.

ـ وفي «الكرخي»: تجب بالخلوة الصحيحة العدةُ في النكاح الصحيح، دون الفاسد؛ لأن النكاحَ الفاسدَ لا يوجِب التسليم، ولا يبيح الوطء.

* قوله: (وإذا خلا المجبوبُ بامرأته، ثم طلقها: فلها كمال المهر عند أبي حنيفة).

وعندهما: لها نصفه، وعليها العدة، إجماعاً؛ احتياطاً.

ـ والمجبوبُ هو: الذي استؤصل ذَكَرُه وخِصيتاه، أي قُطعوا.

وتُستحب المتعةُ لكلِّ مطلَّقةٍ، إلا لمطلَّقةٍ واحدةٍ، وهي : التي طلَّقها قبل الدخول بها، ولم يسمِّ لها مهراً.

ـ وأما العِنِّين: إذا خلا بامرأته من غير الموانع التي ذكرناها، ثم طلقها: وجب لها كمالُ المهر، إجماعاً.

ـ وكذلك الخِصيُّ أيضاً.

ـ ولو خلا بالرَّتْقاء: فلها نصف المهرُ، ولا عدةَ عليها؛ لأن الرَّتَق يمنع صحةَ الخلوة، وإنما لم تجب عليها العدةُ؛ لأن وطأها متعذِّرٌ، والعدةُ إنما تجب للاحتياط.

* قوله: (وتُستحبُّ المُتعة لكل مطلقة، إلا لمطلقة واحدة: وهي التي طلقها قبل الدخول، ولم يُسمِّ لها مهراً)، فالمتعة لها واجبةٌ، إلا إذا جاءت الفرقة من قِبَلها.

ـ وهذا الكلام تَدخل فيه المطلقةُ قبل الدخول، وقد سمَّىٰ لها مهراً: فإنه تُستحبُّ لها المتعة علىٰ قَوْدِ هذا الكلام، وليس كذلك، فإنه لا يُستحبُّ لها ذلك.

ـ قال الإمامُ بدر الدين: المطلَّقات أربعٌ:

١ـ مطلقةٌ قبل الدخول، ولم يُسمِّ لها مهراً: فهذه تجب لها المتعةُ.

٢ـ ومطلقةٌ بعد الدخول، وقد سمَّىٰ لها مهراً: فهذه المتعة لها مستحبةٌ.

٣ـ ومطلقةٌ بعد الدخول، ولم يُسمِّ لها مهراً: فهذه أيضاً المتعةُ لها مستحبةٌ.

وإذا زوَّج الرجلُ ابنتَه علىٰ أن يزوِّجه الرجلُ أختَه، أو ابنتَه؛ ليكون أحدُ العقدَيْن عوضاً عن الآخر : فالعقدان جائزان، ولكل واحدةٍ منهما مهرُ مثلها.

وإذا تزوج حُرٌّ امرأةً علىٰ خدمته سَنَةً، أو علىٰ تعليم القرآن : فلها مهرُ مثلها.

٤ـ ومطلقةٌ قبل الدخول، وقد سمَّىٰ لها مهراً: فهذه لا تجب لها متعةٌ، ولا تُستحب.

ـ قال الكَرخي: المتعة الواجبة: علىٰ قدر حال المرأة، والمستحبة: علىٰ قدر حال الرجل.

وقال أبو بكرٍ الرازيُّ: المتعةُ علىٰ قَدْر حال الرجل، ومهرُ المرأة: علىٰ قَدْرها، والنفقة علىٰ قَدْر حالهما، وهو الصحيح.

* قوله: (وإذا زوَّج الرجلُ ابنتَه علىٰ أن يزوِّجه الرجلُ ابنتَه أو أختَه، ليكون أحدُ العقدين عوضاً عن الآخر: فالعقدان جائزان، ولكلٍّ واحدةٍ منهما مهرُ مثلها).

وقال الشافعي[1]: لا يصح هذا النكاح؛ لأنه عنده نكاح الشِّغار.

وعندنا: ليس هذا بنكاح الشِّغار، وقد ذكرناه من قبل[2].

* قوله: (وإن تزوج حرٌّ امرأةً علىٰ خِدْمته سَنَةً، أو علىٰ تعليم القرآن: فلها مهرُ مثلها)؛ لأن خدمة الحرِّ نماءٌ منه، كولده.

---

(١) كنز الراغبين ٣/٢١٨.

(٢) ص٣١٢.

وإن تزوج عبدٌ امرأةً حُرَّةً بإذن مولاه علىٰ خدمتها سَنَةً : جاز، ولها خدمتها .

وإذا اجتمع في المجنونة أبوها، وابنُها : فالوليُّ في نكاحها ابنُها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد : أبوها .

ولأن ما لا يصح أن يكون مهراً: لم تكن منافعُه مهراً، وإذا لم تكن منافعُه مهراً: كان لها مهرُ مثلها عندهما.

وقال محمد: لها قيمةُ خدمته سَنَة.

ـ وأما تعليم القرآن: فلأنه ذِكْرٌ واجبٌ، فتعليمُه لا يصح أن يكون مهراً، ولا يجوز أن يكون المهرُ إلا مالاً؛ لأن المشروع إنما هو الابتغاءُ بالمال.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾. النساء/ ٢٤، والتعليمُ ليس بمال.

ـ وأما خدمة العبد: فهي مالٌ؛ لتضمُّنه تسليمَ رقبته.

* قوله: **(وإن تزوَّج عبدٌ حرةً بإذن مولاه علىٰ خدمتها سَنَةً: جاز، ولها خدمتُه سَنَةً)**؛ لأن منافع العبد وإن لم تكن مالاً: فيجب بتسليمها تسليمُ ما هو مال، ولأن منافعه نماءٌ منه، كولده.

قوله **(وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنُها: فالوليُّ في نكاحها ابنُها عندهما، وقال محمد: أبوها)**.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف الجدُّ والابن.

ـ وكذلك ابنُ الابنِ وإن سَفَل فحكمُه حكم الابن.

ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما.

ـ قال محمد: إذا زوَّجها ابنُها، ثم عَقَلَتْ: فلها الخيار.

وإن زوَّجها أبوها أو جدُّها: فلا خيار لها.

وينبغي عند أبي حنيفة أنه إذا زوَّجها ابنُها، وعقلت: أن لا خيار لها؛ لأن الابن مقدَّمٌ علىٰ الأب عنده.

وإن زوَّجها غيرُ الابنِ والأب والجد: فلها الخيار.

[نكاح الرقيق:]

* قوله: **(ولا يجوز نكاحُ العبد والأمة إلا بإذن مولاهما)**.

وقال مالكٌ[١]: يجوز للعبد؛ لأنه يَملك الطلاق، فمَلَكَ النكاح.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه: فهو عاهرٌ»[٢]: أي زانٍ.

ـ وكذا المكاتبُ والمدبرُ والمأذون لا يجوز لهم التزويج إلا بإذن المولىٰ.

أما المدبر: فلأنه باقٍ علىٰ ملكه.

وأما المكاتب: فلأن فكَّ الحَجْر عنه إنما هو في حق الكسب، وذلك

---

(١) بل عند المالكية أيضاً يشترط الإذن. جواهر الإكليل ١/٢٧٧.

(٢) سنن الترمذي (١١١١)، وقال: حديث حسن، سنن أبي داود (٢٠٧٨)، وينظر البدر المنير ١٩/١٧٦، نصب الراية ٣/٢٠٣.

. . . .

لا يتناول النكاحَ، حتىٰ إن المكاتب لا يملك تزويجَ عبده، ويملك تزويج أمته؛ لأنه من باب الاكتساب.

وكذا المكاتبة لا تَملك تزويجَ نفسها، وتملك تزويج أمتها.

وكذا المأذون لا يزوِّج نفسَه؛ لأنه إنما أُذِن له في التجارة، والنكاحُ ليس منها.

ـ وأما المعتَق بعضه: فهو كالمكاتب عند أبي حنيفة، فلا يملك النكاحَ.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو بمنزلة حرٍّ مديونٍ، فيجوز نكاحه.

ـ وكذا المدبرة وأم الولد لا يملكان تزويجَ أنفسهما.

ـ فإن تزوَّج أحدٌ من هؤلاء بغير إذن المولىٰ: وقف علىٰ إجازته، فإن أجازه: جاز، وإن ردَّه: بطل.

ـ ويجوز للمولىٰ إجبارُ العبد والأمة علىٰ النكاح.

وعند الشافعي[1]: لا إجبار في العبد، وهي روايةٌ عن أبي حنيفة.

ـ وإذا زوَّج أمتَه من عبده: جاز وإن كان يكره منها، ولا يجب المهر.

ـ فإن أعتقهما جميعاً: فالعبدُ لا خيارَ له، وللأمة الخيار.

ـ وأما المكاتب والمكاتبة: فليس للمولىٰ أن يُكرههما علىٰ النكاح، ولا يجوز العقد إلا برضاهما.

---

(١) روضة الطالبين ٧/١٠٢.

. . . .

ـ ولو أن المكاتبة زوَّجت نفسَها بغير إذن المولىٰ: توقَّف علىٰ إجازته، فإذا أعتقها: نفذ العقد بالعتاق، ولا خيار فيه.

ـ وكذا إذا أدَّت، فعتقت.

ـ وإن عجزت: إن كان بُضعها يَحِل له: يبطل العقد، وإن كان لا يحل له، كما إذا كانت أخته من الرضاعة: توقَّف علىٰ إجازته.

ـ وإن تزوجت أمةٌ بغير إذن مولاها، ثم أعتقها: صح النكاح؛ لأنها من أهل العبارة، والامتناع كان لحقِّ المولىٰ، وقد زال، ولا خيار لها.

ـ وكذا العبدُ إذا تزوج بغير إذن مولاه، ثم أُعتق: صحَّ نكاحُه؛ لما ذكرنا.

ـ وإذا أذن لعبده أن يتزوج: لم يجز له أن يتزوج بذلك الإذن إلا مرةً واحدةً؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار بإطلاقه.

ـ فإذا أَذِن له أن يتزوج: فهو علىٰ النكاح الصحيح والفاسد عند أبي حنيفة.

وعندهما: علىٰ الصحيح، لا غير، حتىٰ لو تزوج نكاحاً فاسداً: فله أن يتزوج تزويجاً صحيحاً بعده عندهما، وعنده: لا يجوز؛ لانتهاء الأمر.

وفائدته أيضاً: إذا دخل بالمنكوحة علىٰ الفساد، بأن تزوجها بغير شهود، أو معتدةً: فالمهر عليه، يؤخذ به في الحال، ويباع فيه عنده.

وقال أبو يوسف ومحمد: يؤخذ به بعد العتاق.

وإذا تزوج العبدُ بإذن مولاه : فالمهرُ دَيْنٌ في رقبته، يُباع فيه.

وإذا زوَّج المولىٰ أمتَه : فليس عليه أن يُبَوِّئها بيتَ الزوج، ولكنها تخدُم المولىٰ، ويقال للزوج : متىٰ ظفرتَ بها : وطئتَها.

ـ وعلىٰ هذا: إذا حلف لا يتزوج: لا يحنث بالفاسد عندهما، وعنده: يحنث بالفاسد.

وقيل: تُصرف اليمين إلىٰ الجائز، إجماعاً؛ لأن الأيمان مبنيَّةٌ علىٰ العُرف، ولا عُرْفَ في الفاسد.

* قوله: (وإذا تزوج العبدُ بإذن مولاه: فالمهر دينٌ في رقبته يُباع فيه).

ـ أما المدبر والمكاتب: فيَسْعون في المهر؛ لتعذُّر استيفائه من الرقبة، وما لزمهم من ذلك بغير إذن المولىٰ: اُتُّبعوا به بعد العتق.

* قوله: (وإذا زوَّج المولىٰ أمتَه: فليس عليه أن يُبوِّئها بيتَ الزوج، ولكنها تخدُم المولىٰ، ويُقال للزوج: متىٰ ظفرتَ بها: وطئتَها)؛ لأن حق المولىٰ في الاستخدام باقٍ.

ـ وصورة التبوئة: أن يُخلِّيَ بينه وبينها في منزل الزوج، ولا يستخدمها، فإن فعل ذلك: فعلىٰ الزوج النفقةُ، وإن لم يفعل: فلا نفقةَ لها.

ـ وإن بوَّأها، ثم بدا له أن يستخدمها: فله ذلك، وتسقط النفقةُ.

فإن عاد فبوَّأها: عادت النفقة.

وقد قالوا: إنه إذا بوَّأها، فكانت تخدُم المولىٰ أحياناً من غير أن يستخدمها: لم تسقط نفقتها.

. . . .

ـ وكذا المدبرة وأم الولد حكمُها حكم الأمة.

ـ وأما المكاتبة إذا تزوجها بإذن المولىٰ: فلها النفقة، سواءُ بوَّأها المولىٰ معه أوْ لا؛ لأنها في يد نفسها، لا حقَّ للمولىٰ في استخدامها.

ـ ولو طلق زوجتَه الأمةَ طلاقاً بائناً، وقد كان المولىٰ بوَّأها معه، ثم أخرجها المولىٰ تخدُمه: سقطت نفقتُها.

ـ ولو أراد المولىٰ أن يعيدها إلىٰ الزوج، ويأخذ النفقةَ: فله ذلك.

ـ ولو لم تكن في تبوئة الزوج يومَ طلَّق، فأراد المولىٰ أن يُبوِّئها في العدة لتجب لها النفقة: لم تجب.

وفي قول زفر: تجب.

ـ وكذا المرأة إذا ارتدَّت، ووقعت الفُرقة بالردة: فلا نفقة لها، ثم إذا أسلمت: لا تعود النفقة.

ـ ثم الأمة إذا زوَّجها مولاها، وجاءت بأولادٍ من الزوج: فلا نفقة لهم علىٰ الزوج؛ لأنهم مِلك المولىٰ، فنفقتُهم علىٰ مالكهم، لا علىٰ أبيهم.

ـ ولو تزوج العبد حرةً، فجاءت بأولاد من الزوج: فنفقتهم عليها إن كان لها مالٌ، وإن لم يكن لها مالٌ: فعلىٰ مَن يَرثُ الولدَ من القرابة.

ـ ولو تزوج العبدُ مكاتبةً: فأولادُها مكاتبون، كالأم، ونفقتُهم عليها.

ـ وأم الولد والمدبرةُ نفقة أولادهما علىٰ مولاهما.

وإذا تزوج امرأةً علىٰ ألف درهمٍ، علىٰ أن لا يُخْرجها من البلد، أو علىٰ أن لا يتزوج عليها أخرىٰ، فإن وفَّىٰ بالشرط : فلها المسمىٰ.

وإن تزوَّج عليها، أو أخرجها من البلد : فلها مهرُ مثلها.

[الشروط في النكاح :]

* قوله: (وإذا تزوَّج امرأةً علىٰ ألف درهمٍ، علىٰ أن لا يُخرجها من البلد، أو علىٰ أن لا يتزوج عليها، فإن وفَّىٰ بالشرط: فلها المسمىٰ، وإن تزوج عليها، أو أخرجها من البلد: فلها مهرُ مثلها).

معناه: سمىٰ لها مهراً أقلَّ من مهر المثل.

فإن لم يفِ لها: إن كان ما سمَّىٰ لها مهرَ مثلها أو أكثر: فلا شيء لها غيره.

وإن كان الذي سمىٰ لها أقلَّ: كَمَّل لها مهرَ مثلها.

ـ وإن طلَّقها قبل الدخول: فلها نصفُ الألف.

ـ وإن تزوجها علىٰ ألفٍ أو ألفين: فعند أبي حنيفة يجب لها مهر المثل، لا يُجاوز به ألفين، ولا يَنقص به من ألف.

ـ وإن طلقها قبل الدخول: فلها نصف الأقل.

ـ وكذا إذا تزوجها علىٰ هذا العبد الحبشيِّ، أو علىٰ هذا العبد التركي: يجب لها مهرُ المثل، لا يُجاوز به عن قيمة التركي، ولا يَنقص عن قيمة الحبشي.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمه الأقلُّ في الأحوال كلها.

وإذا تزوجها علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ : صحَّت التسميةُ، ولها الوَسَطُ منه.

والزوجُ مخيَّر : إن شاء أعطاها ذلك، وإن شاء أعطاها قيمتَه.

ـ ولو طلقها قبل الدخول: يجب لها نصف الأقل، إجماعاً.

ـ وإن تزوجها علىٰ ألفٍ إن لم يكن له امرأةٌ، أو علىٰ ألفين إن كان له امرأة: فالشرط الأول جائز، والثاني فاسد عند أبي حنيفة.

فإن لم تكن له امرأةٌ: فلها الألف، وإن كانت له امرأةٌ: فلها مهر مثلها، لا يُزاد علىٰ ألفين، ولا يَنقص عن ألف، ولكن مع هذا لو طلَّقها قبل الدخول: فلها نصف الأقل.

وعندهما: الشرطان جميعاً جائزان، فأيُّهما وُجد: فلها ذلك.

* قوله: (وإن تزوَّجها علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ: صحت التسمية، ولها الوسطُ منه).

يعني سمىٰ جنسَ الحيوان، دون وَصْفه، بأن تزوجها علىٰ حمارٍ أو فرسٍ أو بقرة.

أما إذا لم يُسمِّ الجنسَ، بأن تزوجها علىٰ دابةٍ: لا تصح التسمية، ولها مهرُ المثل.

* قوله: (والزوج مخيَّرٌ: إن شاء أعطاها الحيوانَ، وإن شاء أعطاها قيمتَه)؛ لأن الحيوان لا يَثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً؛ بدلالة أن مستهلِكَه لا يلزمه مثله، وإنما تلزمه قيمتُه.

ولو تزوجها علىٰ ثوبٍ غيرِ موصوف: فلها مهرُ مثلها.

ـ ثم الوسط من العبيد: قيمتُه أربعون ديناراً إذا لم يُسمَّ أبيض.

ـ فإن سمىٰ أبيض: فقيمتُه خمسون ديناراً.

ـ ثم الجيد عند أبي حنيفة: الرومي، والوسط: السندي، والرديء: الهندي.

وعندهما: الجيد: التركيُّ، والوسط: الصِّقْلابي[1]: والرديء: الهندي.

ـ ثم عند أبي حنيفة: الجيد: قيمته خمسون، والوسط: أربعون، والرديء: ثلاثون.

وأما عندهما: فالمعتبر علىٰ قدر الغلاء والرُّخص في البلدان.

قال في «المصفىٰ»: وقولهما هو الصحيح.

* قوله: **(ولو تزوَّجها علىٰ ثوبٍ غيرِ موصوفٍ: فلها مهرُ مثلها)**؛ لأن الثوب مجهول الصفة، فلم تصحَّ التسمية، فرُجع إلىٰ مهر المثل.

ـ وهذا إذا ذكر الثوبَ ولم يَزد عليه؛ لأن الثياب أجناسٌ كثيرة، أما إذا سمىٰ جنساً، بأن قال: هَرَوياً أو مَروياً أو داشِرِياً[2]: صحت التسمية، ويخيَّر الزوج بين إعطائه، أو إعطاء قيمته.

---

(١) هكذا في نسخة ٩٧٤هـ، وينظر لـ: صقلب: معجم البلدان ٤١٦/٣، وفي نسخ أخرىٰ: الصيقلاني، وفي نسخ: الصقيلاني، وفي نسخ: الصقلاني، وفي نسخ: السقلاني، والله أعلم.

(٢) هكذا في غالب النسخ، وفي نسخ: ذاشرياً، والله أعلم.

ونكاحُ المتعة، والنكاحُ المؤقَّتُ باطلٌ.

وتزويجُ العبد والأمة بغير إذن مولاهما: موقوفٌ، فإن أجازه المولىٰ: جاز، وإن ردَّه: بَطَلَ.

ـ وتجب القيمة يوم العقد، في الظاهر، وفي رواية: يوم التسليم.

[بطلان نكاح المُتعة:]

* **قوله: (ونكاحُ المُتعة، والنكاحُ المؤقتُ: باطلٌ).**

وصورة نكاح المتعة: أن يقول لامرأة: خذي هذه العشرة لأتمتَّع بك، أو متِّعيني بنفسك أياماً، وهو باطلٌ، بالإجماع.

وصورة المؤقت: أن يتزوجها بشهادة شاهدين عشرةَ أيام، أو شهراً.

وقال زفر: هو صحيحٌ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

والفرق بينهما: أنه ذَكَرَ لفظَ التزويجِ في المؤقت، ولم يذكره في المتعة.

ثم عند زفر: إذا جاز النكاح المؤقت: فالشرط باطلٌ، ويكون مؤبداً؛ لأن مقتضىٰ النكاح التأبيد.

ـ وإن قال: تزوجتُك علىٰ أن أطلِّقك إلىٰ عشرة أيام: فالنكاح جائزٌ؛ لأنه أبَّد العقدَ، وشَرَطَ قطعَ التأبيد بذِكر الطلاق، والنكاحُ المؤبَّد لا تُبطله الشروط، فجاز النكاح، وبطل الشرط.

* **قوله: (وتزويجُ العبدِ والأمةِ بغير إذن مولاهما موقوفٌ، فإن أجازه المولىٰ: جاز، وإن ردَّه: بطل).**

. . . .

ليس هذا بتكرارٍ لقوله: ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما: لأن المراد من الأول: بأن باشَرَا العقدَ بأنفسهما، وهنا زوَّجهما الفضوليُّ، فلا يكون تكراراً.

ـ وقد قالوا: فيمَن تزوج أمةَ الغير بغير إذن المولىٰ، فلم يُجز المولىٰ حتىٰ مات: فإن كان وارثُه ممن يَحِلُّ له وطؤها: بطل النكاحُ الموقوف؛ لأن كل استباحةٍ صحيحةٍ طرأت علىٰ استباحةٍ موقوفةٍ: فإنها تبطلها.

وإن ورث الأمةَ مَن لا يحلُّ له وطؤها، مثل أن يرثها جماعةٌ، أو يرثَها ابنُه وقد كان الميت وطئها: فللوارث الإجازة.

خلافاً لزفر؛ لأنه لم تطرأ استباحةٌ صحيحةٌ علىٰ موقوفة، فبقي الموقوف بحاله.

ـ وكذا إذا لم يمت المولىٰ، ولكن باعها قبل الإجازة: فالحكم في إجازة المشتري كذلك، يعني إذا اشتراها رجلٌ بينه وبينها مَحرميةٌ من رضاع أو صُهورية، فأجاز نكاحَها: جاز عندنا.

وقال زفر: لا يجوز.

ـ وكذا لو اشترتْها امرأةٌ، فأجازت النكاح: فإنه يجوز عندنا.

وقال زفر: لا يجوز.

ـ وأما العبد إذا تزوج بغير إذن المولىٰ، ثم مات المولىٰ، أو باعه: فإن للوارث والمشتري الإجازة؛ لأن العبد لا يُستباح بالملك، ولم يطرأ علىٰ

وكذلك لو زوَّج رجلٌ امرأةً بغيرِ رضاها، أو رجلاً بغير رضاه.

الاستباحة الموقوفة ما يناقضُها.

* قوله: (وكذلك لو زوَّج رجلٌ امرأةً بغير رضاها، أو رجلاً بغير رضاه).

والأصل: أن العقد عندنا يتوقف علىٰ الإجازة إذا كان له مجيزٌ حالةَ العقد، وإن لم يكن له مجيزٌ حالةَ العقد: لا يتوقف.

وشَرْطُ العقد يتوقف علىٰ القبول في المجلس، ولا يتوقف علىٰ ما وراء المجلس.

ـ فإذا ثبت هذا: فنقول: إذا قال: اشهدوا أني قد زوَّجتُ نفسي من فلانة، وهي غائبةٌ، فبلغها، فأجازت، أو قالت هي: اشهدوا أني قد زوَّجت نفسي من فلان، فبلغه، فأجاز: فإنه لا يجوز عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز بالإجازة.

ـ وأجمعوا أنه لو قَبِل عن الغائب قابِلٌ: فإنه يتوقف علىٰ الإجازة.

ـ قال في «المصفىٰ»: رجلٌ وكَّل رجلاً أن يُزوِّجه امرأةً، فزوَّجه الوكيلُ ابنتَه: إن كانت صغيرةً: لم يجز، إجماعاً.

وإن كانت بالغةً: جاز عندهما.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

ـ وعلىٰ هذا: إذا زوَّجه بمَن لا تُقبل شهادتُه لها بوِلادٍ، كالبنت والأم وبنت الابن.

ويجوز لابن العَمِّ أن يزوِّجَ بنتَ عَمِّه من نفسه.

وإذا أَذِنت المرأةُ لرجلٍ أن يزوِّجها من نفسه، فعَقَدَ بحضرة شاهدَيْن: جاز.

وأما الأخت وبنت الأخت: فيجوز، اتفاقاً.

ـ ولو وكَّل رجلاً أن يُزوِّجه امرأةً، فزوَّجه امرأتين في عقدٍ واحدٍ: لم تلزمه واحدةٌ منهما؛ لأنه لا وجه إلىٰ تنفيذهما؛ للمخالفة، ولا إلىٰ التنفيذ في إحداهما؛ لعدم الأولوية.

وعن أبي يوسف: تلزمه واحدةٌ، وتتعين ببيان الزوج.

والصحيحُ الأول.

* قوله: (ويجوز لابن العمِّ أن يُزوِّج ابنةَ عمِّه من نفسه).

وقال زفر: لا يجوز.

ـ وهذا إذا كانت صغيرةً، أما إذا كانت كبيرةً: فلا بدَّ من الاستئذان، حتىٰ لو تزوَّجها من غير استئذان، فسكتت، أو ضحكت، أو أفصحت بالرضا: لا يجوز عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز.

ـ وكذا المولىٰ المعتِقُ، والحاكمُ، والسلطان.

* قوله: (**وإذا أذِنتْ المرأةُ لرجلٍ أن يُزوِّجها من نفسه، فعَقَدَ بحضرة شاهدين: جاز**[1]).

---

(١) هذه المسألة من مختصر القدوري لم تثبت في عدد من نسخ الجوهرة.

وإذا ضَمِنَ الوليُّ المهرَ للمرأة: صحَّ ضمانُه، وللمرأة الخيارُ في مطالبة زوجِها، أو وليِّها.

وإذا فرَّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول: فلا مَهْرَ لها.

وكذلك بعد الخلوة.

وإن دخل بها: فلها مهرُ مثلها، لا يُزاد علىٰ المسمَّىٰ.

وإذا ضمن الوليُّ المهرَ: صحَّ ضمانُه، وللمرأة الخيارُ في مطالبة زوجها، أو وليها)؛ اعتباراً بسائر الكفالات.

ويرجع الولي إذا ادَّىٰ علىٰ الزوج إن كان بأمره.

[ما يترتب علىٰ النكاح الفاسد:]

* قوله: (وإذا فرَّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول: فلا مهرَ لها)؛ لأن المهر لا يجب فيه بمجرد العقد، وإنما يجب باستيفاء منافعه.

* قوله: (وكذلك بعد الخلوة)، يعني أن المهر لا يجب فيه بالخلوة.

ـ وكذا لو لَمَسَها، أو قبَّلها، أو جامعها في الدبر؛ لأن الخلوة غير صحيحة، كالخلوة بالحائض، وهو معنىٰ قول المشايخ: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد: كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح.

* قوله: (فإن دخل بها: فلها مهرُ مثلها، لا يُزاد علىٰ المسمَّىٰ).

وعليها العِدَّةُ، ويثبتُ نَسَبُ ولدها منه.

ـ هذا إذا كان ثمَّ مسمًّى، أما إذا لم يكن: وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ.

ـ ويعتبر الجماعُ في القُبُل حتىٰ يصير مستوفياً للمعقود عليه. كذا في «النهاية».

* قوله: (وعليها العدةُ)؛ لأنه وطءٌ وجب به كمالَ المهر.

ـ ويُعتبر ابتداؤها من وقت التفريق، أو عند عزم الواطئ علىٰ ترك وطئها، لا من آخر الوطآت، هو الصحيح.

وقال زفر: هو من آخر وطأةٍ وطئها.

ـ فإن كانت حاضتْ ثلاثَ حِيَض بعد آخر وطأة قبل التفريق: فقد انقضت عدتها عنده.

وأصحابنا يقولون: التفريقُ في العقد الفاسد: مثل الطلاق في النكاح الصحيح، وإذا حلَّ التفريق محلَّ الطلاق: اعتُبرت العدة منه.

* قوله (ويثبت نسبُ ولدها منه)؛ لأن النسب يُحتاط في إثباته؛ إحياءً للولد.

ـ ويُعتبر ابتداءُ مدة الحمل من وقت العقد عندهما.

وقال محمد: من وقت الدخول، وهو الصحيح، وعليه الفتوىٰ.

ومهرُ مِثْلها يُعتبر بأخواتها، وعماتها، وبناتِ عمها.

ولا يعتبر بأمها، وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها.

ويُعتبر في مهر المثل: أن تتساوىٰ المرأتان في السِّنِّ، والجمالِ، والعِفَّةِ، والمالِ، والعقلِ، والدِّينِ، والبلدِ، والعصرِ.

[المعتبر في مهر المثل:]

* قوله: (ومهرُ مثلها يُعتبر بأخواتها وعماتها وبناتِ عمها، ولا يُعتبر بأُمها ولا خالاتها إذا لم يكنَّ من قبيلتها)؛ لأن المرأة تُنسب إلىٰ قبيلة أبيها، وتَشرُف بهم.

ـ فإن كانت الأمُّ من قبيلة أبيها، بأن كانت بنت عم أبيها: فحينئذ يُعتبر بمهرها.

ـ وسئل أبو القاسم الصفار: عن امرأةٍ زوَّجت نفسَها بغير مهر، وليس لها مثالٌ في قبيلة أبيها في المال والجمال؟

فقال: يُنظر إلىٰ قبيلةٍ أخرىٰ مثل قبيلة أبيها، فيُقضىٰ لها بمثل مهر مثلها من نساء تلك القبيلة.

* قوله: (ويُعتبر في مهر المثل: أن تتساوىٰ المرأتان في السِّنِّ، والجمال، والعِفَّة، والمال، والعقل، والدِّين، والنسب، والبلد، والعصر)، والبكارة والثيوبة.

ـ وللمرأة أن تمنع نفسَها حتىٰ تأخذ المهرَ.

. . . .

ـ وتمنعَه أن يسافر بها حتىٰ يتعيَّن حقُّها في البدل، كما تعيَّن حقُّه في المُبدل.

ـ وليس للزوجِ أن يمنعَها من السفر، والخروجِ من منزله، وزيارةِ أهلها حتىٰ يوفِّيَها المهرَ كلَّه، يعني المعجل؛ لأنه ليس له حقٌّ الحبس للاستيفاء قبل الإيفاء.

ـ وإن كان المهر كلُّه مؤجلاً: ليس لها أن تمنع نفسَها؛ لأنها أسقطت حقَّها بالتأجيل، كما في البيع، فإن البائع إذا أجَّل الثمنَ: ليس له حَبْس المبيع.

ـ وحاصله: أن المهر إذا كان حالاًّ: فلها أن تمنع نفسَها حتىٰ تستوفيَه كلَّه ولو بقي منه درهمٌ واحدٌ، بالإجماع.

فإن مكَّنته من نفسها قبل ذلك برضاها، وأرادت بعد ذلك أن تمتنع لأجل المهر: فلها ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس لها ذلك.

ـ والخلاف فيما إذا دخل بها برضاها، أما إذا كانت مكرَهةً، أو صبيةً، أو مجنونةً: فلها أن تمتنع، بالاتفاق.

ـ وأما إذا كان المهر مؤجَّلاً: فليس لها أن تمتنع عندهما.

ـ وكذلك إذا حلَّ الأجل: ليس لها أن تمتنع؛ لأن العقد لم يوجِب لها الحبسَ، فلا يثبت لها بعد ذلك.

. . . .

وقال أبو يوسف: إذا كان المهر مؤجلاً: فلها أن تمتنع إذا لم يكن دخل بها.

وإن كان بعضُه حالاًّ، وبعضه مؤجلاً: فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحالَّ.

ـ فروعٌ:

ـ رجلٌ بَعَثَ إلىٰ امرأته بشيءٍ، فقالت: هو هديةٌ، وقال هو: من المهر: فالقول قولُه، إلا أن يكون مأكولاً: فإن القول فيه قولُها.

يعني ما يكون منه مهيَّأً للأكل، مثل الخبز والرُّطَب والبطيخ واللبن والحلواء والشِّواء، وما لا يبقىٰ ويفسد.

وأما الحنطة والشعير والدقيق والشاةُ الحية: فالقول قوله.

وقيل: ما كان يجب عليه من الخِمَار والكسوة: ليس له أن يَحسبه من المهر.

ـ قيل لأبي القاسم الصفَّار: فما تقول في الخُفِّ؟ قال: ليس علىٰ الزوج أن يهيئ لها أمرَ الخروج.

ـ وهنا مسألةٌ عجيبةٌ، وهي: أنه لا يجب علىٰ الزوج خُفُّها، ويجب عليه خفُّ أمتها؛ لأنها منهيةٌ عن الخروج دون أمتها.

ـ رجلٌ تزوج امرأة علىٰ عبدٍ بعينه نكاحاً فاسداً، ودفعه إليها، فأعتقه قبل الدخول: فالعتق باطلٌ، وإن أعتقه بعد الدخول: فالعتق جائزٌ.

ويجوز تزويجُ الأمة مسلمةً كانت، أو كتابية.

ـ ولو تزوجها علىٰ جاريةٍ حُبْلىٰ علىٰ أن ما يكون في بطنها له: فإن الجارية وما في بطنها لها؛ لأن ما في بطنها: كعضوٍ من أعضائها.

ـ ولو كان له علىٰ امرأةٍ ألفُ درهم حالَّةٌ، فتزوجها علىٰ أن يؤجلها عليها: كان له مهر مثلها، والتأجيل باطلٌ.

ـ ولو تزوجها علىٰ ألفٍ علىٰ أن تردَّ عليه ألفاً: جاز النكاح، ولها مهر مثلها، كما لو تزوجها علىٰ أن لا مهرَ لها.

ـ ولو تزوجها علىٰ ألفٍ علىٰ أن لا يُنفق عليها: كان له الألفُ والنفقة.

ـ ولو تزوجها علىٰ أن يهب لأبيها ألفَ درهمٍ: كان لها مهر المِثل، سواء وهب لأبيها ألفاً، أوْ لا، فإن وهب له: كان له أن يرجع في الهبة.

ـ وإن قال لها: تزوجتُك علىٰ دراهم: كان لها مهرُ المثل، ولا يُشبه هذا الخلعَ.

كل هذه المسائل من «الفتاوىٰ الكبرىٰ».

* قوله: (ويجوز تزويجُ الأمة، مسلمةً كانت أو كتابية).

وقال الشافعي[1]: لا يجوز تزويج الأمة الكتابية، ويجوز أن يطأها بملك اليمين.

---

(١) روضة الطالبين ٧/١٣٢.

ولا يجوز أن يتزوج أَمَةً علىٰ حرة.

ويجوز تزويج الحرة عليها.

ـ ويجوز أن يتزوج أمةً وإن قَدَر علىٰ نكاح حرةٍ عندنا.

وقال الشافعي[١]: لا يجوز إذا قَدَرَ علىٰ نكاح حرة.

* قوله: (ولا يجوز أن يتزوج أمةً علىٰ حرة).

ـ وكذا لا يجوز نكاحُ الأمةِ والحرةُ تعتدُّ منه في قول أبي حنيفة؛ لأن الحرة في حَبْسه ما دامت في العدة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا كانت معتدةً من طلاقٍ بائن.

ـ ويجوز نكاح الأمة علىٰ المكاتبة.

ـ ويجوز تزويج الذمية علىٰ المسلمة.

* قوله: (ويجوز تزويج الحرة علىٰ الأمة).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُنكح الأمةُ علىٰ الحرة، وتُنكح الحرة علىٰ الأمة»[٢].

---

(١) روضة الطالبين ١٢٩/٧.

(٢) سنن الدارقطني ٣٩/٤، قال الزيلعي في نصب الراية ١٧٤/٣: مظاهر ابن أسلم: ضعيف، سنن البيهقي ٣٦٩/٧، مصنف عبد الرزاق (١٣٠٩٩) مرسلاً عن الحسن البصري، سنن سعيد بن منصور (٧٤١)، وينظر التلخيص الحبير ١٧١/٣.

وللحُرِّ أن يتزوج أربعاً من الحرائر، والإماء، وليس له أن يتزوج أكثرَ من ذلك.

ولا يتزوج العبدُ أكثرَ من اثنتين.

فإن طلَّق الحرُّ إحدىٰ الأربع طلاقاً بائناً: لم يجز له أن يتزوج رابعةً حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها.

---

* قوله: (وللحرِّ أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك، ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين).

وقال مالك[1]: يجوز؛ لأنه عنده في النكاح بمنزلة الحر.

ـ قال الخُجَندي: للعبد أن يتزوج امرأتين، ويَجمعَ بينهما، حرتين كانتا أو أمتين.

* قوله: (فإن طلَّق الحرُّ إحدىٰ الأربع طلاقاً بائناً: لم يجز له أن يتزوج رابعةً غيرَها حتىٰ تنقضيَ عدَّتُها).

بخلاف ما إذا ماتت، فإنه يجوز أن يتزوج رابعة.

ـ قال في «المنتقىٰ»: رجلٌ له أربعُ نسوةٍ، فُقدت إحداهنَّ: لم يكن له أن يتزوج مكانَها أخرىٰ حتىٰ يأتيَه خبرُ موتها، أو تبلغ من السن ما لا يعيش مثلُها إلىٰ ذلك الزمان.

ـ وإن طلَّق المفقودةَ: لم يكن له أن يتزوج حتىٰ يعلمَ أن عدتها قد

---

(١) شرح الزرقاني علىٰ خليل ٣/٢٠٧.

وإذا زوَّج الأمةَ مولاها، ثم أُعتِقت: فلها الخيار، حُرًّا كان زوجُها، أو عبداً.

وكذلك المكاتَبَةُ.

وإن تزوجت أمةٌ بغير إذن مولاها، ثم أُعتقت: صحَّ النكاحُ؛ ولا خيارَ لها.

انقضت، ولا يُعلم ذلك إلا بقولها، أو تبلغَ حدَّ الإياس، فيتربص ثلاثة أشهر، ثم يتزوج.

* قوله: (وإن زوَّج الأمةَ مولاها، ثم أُعتِقت: فلها الخيارُ، حراً كان زوجُها أو عبداً).

وخيارُها في المجلس الذي تَعلَم فيه بالعتق، وتَعلم بأن لها الخيار، فإن علمت بالعتق، ولم تَعلم بالخيار، ثم علمت بالخيار في مجلس آخر: فلها الخيار في ذلك المجلس.

- وهو فُرقةٌ بغير طلاق.

- ويبطل خيارُها بالقيام عن المجلس، كخيار المخيَّرة.

* قوله: (وكذلك المكاتبةُ)، يعني إذا تزوجها بإذن مولاها، ثم أُعتقت: فلها الخيار.

وقال زفر: لا خيارَ لها؛ لأن العقد نفذ عليها برضاها، ولهذا كان المهرُ لها.

* قوله: (وإن تزوجت الأمةُ بغير إذن مولاها، ثم أُعتِقت: صح النكاح، ولا خيارَ لها).

ومَن تزوّج امرأتين في عُقْدةٍ واحدة، إحداهما لا يَحِلُّ له نكاحُها: صحَّ نكاحُ التي يَحِلُّ له نكاحُها، وبَطَلَ نكاحُ الأخرىٰ.

وإن كان بالزوجة عيبٌ: فلا خيارَ لزوجها.

ـ وكذا العبد، وإنما خَصَّ الأمةَ؛ بناءً علىٰ ثبوت الخيار.

ـ قال الخُجَنديُّ: والمهرُ يكون للسيد إذا جاز النكاح، أعتقها أو لم يعتقها، وسواء حصل الدخول قبل العتاق أو بعده.

ـ وإن لم يُجز حتىٰ أعتقها: جاز العقد، فإن دخل قبل العتق: فالمهر للسيد، وإن كان الدخول بعد العتق: فالمهر لها.

* قوله: (ومَن تزوج امرأتين في عقدٍ واحدٍ، إحداهما لا يحلُّ له نكاحها: صح نكاحُ التي تَحِلُّ له، وبطل نكاحُ الأخرىٰ).

ويكون المهرُ كله للتي صح نكاحها عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يُقسم المسمىٰ علىٰ قدر مهر مثليهما، فما أصاب التي صح نكاحها: لزم، وما أصاب الأخرىٰ: بطل.

ـ وسواءٌ سمىٰ لكل واحدة مهراً، أو جَمَعَهما.

ـ وقوله: وبطل نكاح الأخرىٰ: ولو دخل بها: فلها تمام مهر مثلها بالغاً ما بلغ علىٰ قياس قول أبي حنيفة، وعلىٰ قولهما: لها مهر مثلها، لا يُجاوِز به حصتَها من المسمىٰ.

[الخيار في عيوب النكاح:]

* قوله: (وإذا كان بالزوجة عيبٌ: فلا خيارَ لزوجها) عندنا.

. . . .

وعند الشافعي: يثبت الخيار بالعيوب الخمسة: الجنون، والجُذام، والبَرَص، والرَّتَق، والقَرَن.

ـ وإذا تزوَّج امرأةً بشرط أنها بِكرٌ شابةٌ جميلةٌ، فوجدها ثيباً، عجوزاً، عمياءَ، بَخراءَ، شوهاء، ذاتَ قروح، لها شِقٌّ مائلٌ، وعقلٌ زائلٌ، ولعابٌ سائلٌ: فإنه لا خيارَ له. كذا في «المبسوط»[1].

وفي «الفتاوىٰ»: إذا وكَّله أن يزوِّجه امرأةً، فزوَّجه عمياءَ، أو شوهاء، لها لعابٌ سائلٌ، وشِقٌّ مائلٌ، وعقلٌ زائلٌ: جاز عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

ـ وكذا إذا وكَّلت المرأةُ رجلاً أن يزوِّجها من رجل، فزوَّجها من خصيٍّ، أو عِنِّين، أو مجبوبٍ: جاز عنده، خلافاً لهما.

غير أنها تؤجَّل في الخصي والعنِّين سنةً، وتُخيَّر في المجبوب للحال.

ـ ولو وكَّله أن يزوِّجه امرأةً، فزوَّجه امرأةً لا تكافئه: جاز عند أبي حنيفة.

ـ وكذا إذا زوَّجه صغيرةً لا تُجامَع: جاز.

ـ وإن وكَّله أن يزوِّجه أمةً، فزوَّجه حرةً: لم يجز.

ـ فإن زوَّجه مدبرةً أو مكاتبةً أو أمَّ ولد: جاز.

---

(١) ٥/٩٨.

وإذا كان بالزوج جنونٌ، أو جُذَامٌ، أو بَرَصٌ: فلا خيارَ للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لها الخيارُ.

وإن كان الزوجُ عِنِّيناً: أجَّله الحاكمُ حَوْلاً، فإن وَصَلَ إليها، وإلا: فَرَّق القاضي بينهما إن طلبت المرأةُ ذلك.

ـ فإن زوَّجه الوكيلُ بنتَه: لم يجز عند أبي حنيفة، صغيرةً كانت أو كبيرةً، وعندهما: إذا كانت كبيرةً: يجوز.

* قوله: (**وإذا كان بالزوج جنونٌ، أو جُذَامٌ، أو بَرَصٌ: فلا خيارَ للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لها الخيارُ**)؛ دفعاً للضرر عنها، كما في الجَبِّ والعُنَّة.

بخلاف جانبه؛ لأنه متمكِّنٌ من دفع الضرر بالطلاق، ولأنها يَلحقها الضررُ بالمُقام مع المجنون أكثر مما يَلحقها بالمُقام مع العِنِّين، فإذا ثبت لها الخيارُ مع العنِّين: فهذا أَوْلىٰ.

ولهما: أن في الخيار إبطالَ حقِّ الزوج، وإنما ثبت في الجَبِّ والعُنَّة؛ لأنهما يُخِلاَّن بالوطء، وهذه العيوبُ غيرُ مُخِلَّةٍ به، ولأن المستَحَقَّ علىٰ الزوج تصحيحُ مهرِها بوطئه إياها، وهذا موجودٌ.

* قوله: (**فإن كان الزوج عِنِّيناً: أجَّله الحاكمُ حولاً كاملاً، فإن وصل إليها، وإلا: فرَّق القاضي بينهما إن طلبت المرأةُ ذلك**).

ـ هذا إذا لم تكن رَتْقاءَ، أما إذا كانت رَتْقاء: فلا خيارَ لها.

. . . .

ـ وحُكْم الخنثىٰ المشكِل: حكمُ العِنِّين، يعني إذا وجدت زوجَها خنثىً.

ـ والعِنِّينُ: من له صورة الآلة، وليس له معناها، وهو الجماع.

ـ وقوله: حولاً: أي سنةً شمسيةً.

وفي «الهداية»[(١)]: قمريةً، وهو الصحيح، فالشمسية: ثلاثمائةٍ وخمسة وستون يوماً، والقمرية: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً.

ـ وأولُ السنة: قيل: من حين يترافعان، ولا يُحسب عليه ما قبل الترافع، ويُحسب عليه أيام الحيض، وشهر رمضان، ولا يُحسب عليه مرضه ولا مرضها؛ لأن السنة قد تخلو عنه، بخلاف الأول.

ـ ثم إذا أجَّله سنةً، وترافعا بعد ذلك إلىٰ القاضي، وادَّعت أنه لم يصل إليها، وقال هو: قد وطئتُها: نَظَرَ إليها النساء، فإن قلن: هي بكرٌ: فالقول قولها، وخُيِّرت.

ـ ويجزىء فيه شهادةُ الواحدة، العَدْلة، والاثنتان: أحوطُ وأوثق.

ولا يمينَ عليها؛ لأن شهادتهن تَقَوَّتْ بالأصل، وهي البكارة.

وإن قلن: هي ثيبٌ: فالقول قوله، مع يمينه، فإن نكل عن اليمين: خُيِّرت؛ لتأيُّدها بالنكول، وإن حلف: لا تُخيَّر.

---

(١) ٢/ ٢٧.

. . . .

ـ فإن كانت ثيباً في الأصل: فالقول قوله، مع يمينه.

ـ وإن شكَّ النساءُ في أمرها: فإنها تُؤمر حتىٰ تبولَ علىٰ الجدار، فإن رمتْ به عليه: فهي بِكرٌ، وإلا: فهي ثيبٌ.

وقيل: تُمتَحن ببيضة الدِّيك[1]، فإن وسعتها: فهي ثيبٌ، وإلا: فهي بكرٌ.

ـ ثم إذا ثبت أنه لم يطأها، إما باعترافه، أو بظهور البكارة: فإن القاضي يُخيِّرها، فإن اختارت المقامَ معه: بطل حقُّها، ولم يكن لها خيارٌ بعد ذلك أبداً.

ـ ولا خصومةَ في هذا النكاح؛ لأنها رضيت ببطلان حقها.

ـ وإن طلبت الفُرقةَ: فرَّق القاضي بينهما.

ـ وهذه الفُرقة يختص سببها بالحاكم، فلا تقع إلا بتفريق الحاكم، وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: تقع الفُرقة بنفس اختيارها، ولا يُحتاج إلىٰ القضاء، كخيار المعتَقة، وخيارِ المخيَّرة.

وأبو حنيفة يقول: لا تقع الفُرقة ما لم يقل القاضي: فرَّقت بينكما، كخيار المدرِكة.

---

(١) وعبَّر صحب البحر الرائق ١٣٦/٤ بقوله: «أصغر بيضة للدجاجة».

والفُرْقةُ تطليقةٌ بائنةٌ، . . . .

ـ ثم هذا التخيير لا يقتصر علىٰ المجلس، في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: يُقتصر عليه، كخيار المخيَّرة؛ لأن تخيير القاضي إياها، كتخيير الزوج.

* قوله: (وكانت الفُرقةُ تطليقةً بائنةً).

ـ ثم إذا فرَّق بينهما، وتزوَّجها بعد ذلك: لم يكن لها خيارٌ.

ـ وإن تزوجت المرأةُ رجلاً وهي تَعلم أنه عِنِّينٌ: فلا خيار لها.

ـ وإذا كانت المرأة رَتْقاء، وكان زوجها عِنِّيناً: لم يؤجله الحاكم؛ لأنه لا حقَّ لها في الوطء.

ـ ولو أقامت امرأةُ العنِّين معه بعد مضيِّ الأجل مطاوِعةً في المضاجعة: لم يكن هذا رضاً؛ لأنها تفعل ذلك اختباراً لحاله، فلا يدل ذلك علىٰ الرضا.

ـ فإن قالت: قد رضيتُ: بطل خيارها؛ لأن هذا تصريحٌ بالإسقاط.

ـ وإن وطئها في دبرها في المدة: فلا عبرة بذلك؛ لأنه ليس بمحلِّ الوطء.

ـ وإن وطئها وهي حائضٌ: سقط خيارُها.

ـ وإن وصل إلىٰ غيرها في المدة: لم يُعتبر ذلك، ولا يَبطل الأجل؛ لأن وطء غيرها لا يَستقرُّ به مهرها، فلا عبرة به.

ولها كمالُ المهر إن كان قد خلا بها.

وإن كان مجبوباً: فَرَّق القاضي بينهما في الحال، ولم يؤجِّلْه.

ـ ولو أُجِّل العِنِّين، فمضت المدةُ وقد جُنَّ: فَرَّق القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً؛ لأن الطلاقَ علىٰ امرأةِ المجنون يقع من طريق الحاكم.

ـ ولو أن المجنون زوَّجه أبوه، فلم يصل إليها: لم يؤجَّل؛ لأن فُرقته طلاقٌ، والمجنون لا طلاق له، بخلاف الأول.

ـ وإذا كان زوج الأمة عِنيناً: فالخيار في ذلك إلىٰ المولىٰ عند أبي يوسف، وقال محمد: إلىٰ الأمة.

* قوله: (ولها كمالُ المهر إذا كان قد خلا بها)؛ لأن خَلوة العِنِّين صحيحةٌ تجب بها العدة.

* قوله: (وإن كان مجبوباً: فرَّق بينهما في الحال، ولم يؤجِّله)؛ لأنه لا فائدةَ في انتظاره.

ـ ثم إذا خلا بها: فلها كمال المهر، وعليها العدةُ في قول أبي حنيفة.

وعندهما: يجب نصفُ المهر، وتجب العدة.

ـ وسواء كان المجبوبُ بالغاً أو صبياً: فإنها تُخيَّر في الحال؛ لعدم الفائدة في الانتظار.

ـ ولا يقع طلاقٌ من الصبي إلا في هذه الحالة.

ـ وإذا أسلمت امرأتُه بعد ما عَقَلَ، وأبىٰ أن يُسْلِم: فُرِّق بينهما.

والخَصِيُّ يؤجَّل كما يؤجَّل العِنِّين.

*** وإذا أسلمت المرأةُ، وزوجُها كافرٌ: عَرَضَ عليه القاضي الإسلامَ، فإن أسلم: فهي امرأتُه.**

وإن أبىٰ الإسلامَ: فرَّق بينهما، وكان ذلك طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هي فُرْقةٌ من غير طلاق.

وعند أبي يوسف: لا يُفرَّق بينهما حتىٰ يُدرِك.

* قوله: (والخَصِيُّ يُؤجَّلُ كما يؤجَّل العِنِّين)؛ لأن الوطء مرجوٌّ منه.

وهو الذي أُخرجت أُنثياه، وبقي ذكرُه، فهو والعِنِّين سواء.

ـ ولو كان بعض الذكر مجبوباً، وبقيَ ما يُمكن به من الجماع، فقالت المرأة: إنه لا يتمكَّن من الجماع، وقال هو: أنا أتمكَّن منه: قال بعضهم: القول قوله؛ لأن له ما يمكن به الإيلاج.

وقال بعضهم: القول قولها؛ لأن الذكر إذا قُطع بعضُه: ضَعُف.

* قوله: (وإذا أسلمت المرأةُ وزوجُها كافرٌ: عَرَضَ عليه القاضي الإسلامَ، فإن أسلم: فهي امرأتُه، وإن أبىٰ الإسلامَ: فرَّق بينهما، وكان ذلك طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد). وهذا إذا كانا في دار الإسلام، (وقال أبو يوسف: ليس بطلاق).

ـ وهذا إذا كان بالغاً عاقلاً، أما إذا كان مجنوناً: فإن القاضي يُحضِر أباه، فيَعرض علىٰ الأب الإسلامَ، فإن أسلم، وإلا: فَرَّق بينهما.

وإن أسلم الزوجُ، وتحته مجوسيةٌ : عَرَضَ عليها الإسلامَ، فإن أسلمت : فهي امرأتُه.

وإن أبت : فَرَّق القاضي بينهما، ولم تكن هذه الفرقةُ طلاقاً.

فإن كان قد دخل بها : فلها كمالُ المهر، وإن لم يكن دخل بها : فلا مهر لها.

ـ وإن كان أبوه قد مات، وله أمٌّ: عَرَضَ عليها كالأب، فإن أسلمت، وإلا: فَرَّق بينهما.

ـ وإن كان الزوج صغيراً يعقل الإسلامَ: عَرَضَ عليه القاضي الإسلامَ، فإن أسلم، وإلا: فَرَّق بينهما.

ـ وأما الحربية إذا أسلمت في دار الحرب، فإنها لا تَبِيْن حتىٰ تحيض ثلاث حِيَض؛ لأن الإسلام هناك مرجوٌّ من الزوج، إلا أن العَرْض عليه غير ممكن، فأشبه المطلِّق امرأتَه طلاقاً رجعياً.

* قوله: (وإن أسلم الزوجُ وتحته مجوسيةٌ: عَرَضَ عليها الإسلامَ، فإن أسلمت: فهي امرأتُه، وإن أبتْ: فرَّق القاضي بينهما، ولم تكن هذه الفرقة طلاقاً).

لأن الفرقة جاءت من قِبَلها، والمرأةُ ليست بأهلٍ للطلاق، بخلاف المسألة قَبْلها، فإن الفُرقة هناك من جهة الرجل، وهو من أهل الطلاق.

* قوله: (فإن كان دخل بها: فلها المهر)، يعني إذا فرَّق بينهما بإبائها.

* قوله: (وإن لم يكن دخل بها: فلا مهرَ لها)؛ لأن الفرقة جاءت من

وإذا أسلمت المرأةُ في دار الحرب : لم تقع الفرقةُ عليها حتىٰ تحيضَ ثلاثَ حِيَض، فإذا حاضت : بانت من زوجها .

قِبَلها قَبْل الدخول، فصارت مانعةً لنفسها، كالمطاوِعة لابن زوجها قَبْل الدخول.

ـ قال الخُجَندي: إباء الإسلام، ورِدَّة أحدِ الزوجين إذا حصل من المرأة: فهو فسخٌ، إجماعاً.

ـ وإن كان من جهته: فهو فسخٌ أيضاً عند أبي يوسف في كلاهما.

وفي قول محمد: كلاهما طلاقٌ.

وفي قول أبي حنيفة: الردة فسخٌ، وإباءُ الزوج الإسلامَ طلاقٌ.

* قوله: (وإذا أسلمت المرأةُ في دار الحرب: لم تقع الفُرقة عليها حتىٰ تحيضَ ثلاثَ حِيَض، فإذا حاضت: بانتْ من زوجها).

ـ وإن لم تكن من ذوات الحَيْض: فثلاثةُ أشهر.

ـ ولا فرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في ذلك، أي في توقُّف وقوعِ الفرقة علىٰ ثلاث حِيَض؛ لأن هذه الحِيَض لا تكون عدةً، فيستوي فيها المدخولة وغيرها.

ـ ثم ننظر إن كانت الفُرقة قبل الدخول: فلا عدة عليها، وإن كانت بعده: فكذا لا عدة عليها عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجب عليها ثلاث حِيَض.

وإذا أسلم زوجُ الكتابية : فهما علىٰ نكاحهما .

وإذا خَرَجَ أحدُ الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً : وقعت البينونةُ بينهما .

وإن سُبِيَ أحدُهما : وقعت البينونةُ بينهما .

وإن سُبِيَا معاً : لم تقعِ البينونةُ .

ـ قوله: لم تقع عليها الفُرقة حتىٰ تحيض ثلاث حِيَض: فائدتُه أنه لو أسلم الزوج: فهما علىٰ نكاحهما، ثم إذا وقعت الفرقة بمضيٍّ ثلاث حِيَض: فهي فُرقةٌ بطلاقٍ عندهما، وقال أبو يوسف: فرقة بغير طلاق.

ـ وإن كان الزوج هو المسلم: فهي فرقةٌ بغير طلاق.

* قوله: (**وإذا أسلم زوجُ الكتابية: فهما علىٰ نكاحهما**) ؛ لأنه يصح النكاح بينهما ابتداءً، فلأن يبقىٰ: أَوْلىٰ.

* قوله: (**وإذا خرج أحدُ الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً: وقعت البينونةُ بينهما**).

وعند الشافعي[1]: لا تقع.

* قوله: (**وإن سُبيَ أحدُهما: وقعت البينونةُ بينهما**) ؛ لتباين الدارين.

* قوله: (**وإن سُبيا معاً: لم تقع البينونةُ**) ؛ لأنه لم يَختلف بينهما دِينٌ، ولا دارٌ.

---

(١) الأم ٧/ ٣٨٠.

وإذا خرجتِ المرأةُ إلينا مهاجرةً: جاز لها أن تتزوج في الحال، ولا عِدَّةَ عليها عند أبي حنيفة.

وإن كانت حاملاً: لم تتزوج حتىٰ تضعَ حَمْلَها.

وإذا ارتدَّ أحدُ الزوجين عن الإسلام: وقعت البينونةُ بينهما، وكانت الفرقةُ بينهما بغير طلاق.

---

* قوله: (وإذا خرجت المرأةُ إلينا مهاجرةً: جاز أن تتزوج في الحال، ولا عدةَ عليها عند أبي حنيفة).

وقالا: عليها العدة؛ لأن الفُرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام.

ولأبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾. الممتحنة/١٠، وفي المنع من تزويجها: تمسُّكٌ بعصمته.

* قوله: (وإن كانت حاملاً: لم تتزوج حتىٰ تضع حملَها).

وعن أبي حنيفة: أنه يجوز النكاح، ولا يَقرَبُها الزوجُ حتىٰ تضع حملَها، كما في الحامل من الزنا؛ لأن ماء الحربيِّ لا حُرمةَ له، فحَلَّ محل الزنا.

وجه الأول: أنها حاملٌ بولدٍ ثابتِ النسب، فتُمنع من النكاح؛ احتياطاً.

* قوله: (وإذا ارتدَّ أحدُ الزوجين عن الإسلام: وقعت البينونةُ بينهما، وكانت الفُرقةُ بينهما بغير طلاق) عندهما.

فإن كان الزوجُ هو المرتدُّ، وقد دخل بها : فلها كمالُ المهر .

وقال محمدٌ: إن كانت الردة من الزوج: فهي طلاقٌ، وإن كانت منها: فهي فرقةٌ بغير طلاق.

هو: يَعتبر بالإباء، وأبو يوسف مرَّ علىٰ أصله في الإباء؛ لأن من أصله: أن إباء الزوج ليس بطلاق، فالردة كذلك.

وأبو حنيفة فرَّق بينهما، ووجهه: أن الردة منافيةٌ للنكاح، والطلاق رافعٌ، فتعذرت الردة أن تُجعل طلاقاً، بخلاف الإباء؛ لأنه يُفوِّت الإمساكَ بالمعروف، فيجب التسريحُ بالإحسان، ولهذا تتوقف الفُرقة بالإباء علىٰ القضاء، ولا تتوقف بالردة.

ـ وسواء كان ارتدادُ أحدِ الزوجين قبل الدخول، أو بعده: فإنه يوجب فسخَ النكاح عندنا.

ـ قال في «الملتقط»: امرأةٌ ارتدَّت؛ لتُفارِق زوجَها: تقع الفرقة، وتُجبر علىٰ الإسلام، وتُعزَّر خمسةً وسبعين سوطاً، وليس لها أن تتزوج إلا بزوجها الأول.

ـ قال في «المصفىٰ»: يُجدَّد العقدُ بمهرٍ يسير، رضيت أو أبت، يعني أنها تُجبر علىٰ تجديد النكاح.

* قوله: (فإن كان الزوج هو المرتدُّ، وقد دخل بها: فلها كمالُ المهر)؛ لأنه قد استقرَّ بالدخول.

وإن كان لم يدخل بها : فلها نصفُ المهر .

وإن كانت المرأةُ هي المرتدَّةُ : فإن كانت الردةُ قبل الدخول : فلا مهر لها ، وإن كانت الرِّدَّةُ بعد الدخول : فلها المهر .

وإن ارتدَّا معاً ، وأسلما معاً : فهما علىٰ نكاحهما .

---

* قوله: (وإن لم يدخل بها: فلها النصفُ)؛ لأنها فُرقةٌ حصلت منه قبل الدخول، فصارت كالطلاق.

* قوله: (وإن كانت هي المرتدة قبل الدخول: فلا مهرَ لها)؛ لأنها مَنعت بُضعها بالارتداد، فصارت كالبائع إذا أتلف المبيعَ قبل القبض.

* قوله: (وإن كانت ارتدت بعد الدخول: فلها جميع المهر)؛ لأنه قد استقر بالدخول، ولا نفقة لها؛ لأن الفرقة من قِبَلها.

* قوله: (وإن ارتدَّا معاً، ثم أسلما معاً: فهما علىٰ نكاحهما).

وقال زفر: يبطل النكاح؛ لأن ردة أحدهما منافيةٌ، وفي ردتهما: ردةُ أحدهما وزيادةٌ.

ـ وأما إذا أسلم أحدهما بعد الارتداد، دون الآخر: فإن النكاح يبطل؛ لإصرار الآخر علىٰ الردة، وهي منافيةٌ، مثل ابتدائها.

ـ ولو أن حربياً تزوج حربيةً، ثم أسلم أحدُهما في دار الحرب: فالفُرقة لا تقع بنفس الإسلام ما لم تحض المرأة ثلاث حِيَض إن كانت ممن تحيض، أو ثلاثة أشهر إن لم تكن تحيض.

ـ فإن أسلم الباقي منهما في هذه المدة: فهما علىٰ النكاح، وإلا: فقد وقعت الفُرقة عند مضيِّ المدة.

ولا يجوز أن يتزوج المرتدُّ مسلمةً، ولا كافرةً، ولا مرتدَّةً.

وكذلك المرتدَّةُ لا يتزوجُها مسلمٌ، ولا كافرٌ، ولا مرتدٌّ.

وإن كان أحدُ الزوجين مسلماً: فالولدُ علىٰ دِينه.

وكذلك إن أسلم أحدُهما، وله ولدٌ صغيرٌ: صار ولدُه مسلماً بإسلامه.

ـ ثم إن المرأة إن كانت هي المسلمة: فهي كالمهاجرة، لا عدة عليها عند أبي حنيفة بعد ذلك، وعندهما: عليها العدة.

ـ وإن كان المسلم هو الزوج: فلا عدة عليها، إجماعاً.

* قوله: (ولا يجوز أن يتزوج المرتدُّ مسلمةً، ولا كافرةً، ولا مرتدةً)؛ لأنه مستحِقٌّ للقتل، والإمهالُ إنما هو ضرورة التأمل، والنكاح يَشغله عن التأمل.

* قوله: (وكذلك المرتدةُ لا يتزوجها مسلمٌ، ولا كافرٌ، ولا مرتدٌّ)؛ لأنها محبوسةٌ للتأمل، وخدمةُ الزوج تَشغلها عن التأمل.

* قوله: (وإن كان أحدُ الزوجين مسلماً: فالولدُ علىٰ دِينه.

وكذلك إذا أسلم أحدُهما، وله ولدٌ صغيرٌ: صار ولدُه مسلماً بإسلامه)؛ لأن في ذلك نظراً للولد، والإسلام يعلو ولا يُعلىٰ عليه.

ـ وإنما يُتصور أن تكون المرأةُ مسلمةً والزوج كافراً في حال البقاء، بأن أسلمت هي، ولم يسلم: فهما زوجان حتىٰ يُفرَّق بينهما.

وإن كان أحدُ الأبوين كتابياً، والآخرُ مجوسياً: فالولدُ كتابيٌّ.

وإن تزوَّج الكافرُ بغير شهودٍ، أو في عِدَّةِ كافرٍ، وذلك في دينهم جائزٌ، ثم أسلما: أُقِرَّا عليه.

ـ وقوله: فالولد علىٰ دِينه: يعني إذا كان الولد الصغير مع مَن أسلم، أو كان الولد في دار الإسلام، والذي أسلم في دار الحرب.

ـ أما إذا كان الذي أسلم في دار الإسلام، والولدُ في دار الحرب: لا يكون مسلماً بإسلامه، حتىٰ إنه يصحُّ سَبْيُه، ويكون مملوكاً للذي سباه.

* قوله: (وإذا كان أحدُ الأبوين كتابياً، والآخرُ مجوسياً: فالولد كتابيٌّ)؛ لأن فيه نوعَ نظرٍ له.

* قوله: (وإن تزوج الكافرُ بغير شهود، أو في عدةٍ من كافر، وذلك جائزٌ عندهم في دِينهم، ثم أسلما: أُقِرَّا عليه)، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال زفر: النكاح فاسدٌ في الوجهين، يعني بغير شهود، وفي عدةٍ من كافر، إلا أنه لا يُتعَرَّضُ لهم قبل الإسلام، والمرافعةُ إلىٰ الحاكم.

وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول: كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني: كما قال زفر؛ لأن حرمة نكاح المعتدة مُجمَعٌ عليه، وحرمة النكاح بغير شهود مختلَفٌ فيه.

ـ وإنما قال: في عدةٍ من كافر: احترازاً من الذمية إذا كانت معتدةً من مسلم: فإنه لا يجوز النكاح.

. . . .

---

* وتفريع المسائل:

ـ إذا تزوج ذميٌّ ذميةً بغير شهود، ثم أسلم: فإنه يُقَرُّ عليه، خلافاً لزفر.

ـ وإن تزوج ذميٌّ ذميةً في عدةِ ذميٍّ: فإنه يجوز عند أبي حنيفة، فإن أسلما: أُقِرَّا عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: النكاحُ فاسدٌ، ولا يُقرَّان عليه بالإسلام.

ـ وأما نكاح المحارم: فهو فاسدٌ، إلا أن عند أبي حنيفة لا يُعترَض عليهم، إلا أن يترافعوا إلينا، أو يُسلِم أحدُهما.

وقال أبو يوسف: يُفرَّق بينهما، سواء ترافعوا إلينا، أم لا.

وقال محمد: إن ارتفع أحدُهما: فرَّقتُ، وإلا: فلا.

ـ ولو تزوج الكافر أختين في عقدٍ واحدٍ، أو جَمَعَ بين أكثر من أربعة نسوة: فالنكاح باطلٌ، ولا يُقَرُّ عليه بالإسلام عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر.

وقال محمد: إذا أسلم: اختار إحدىٰ الأختين، ومن الخمس: أربعاً.

ـ فإن كان جَمَعَ بين امرأةٍ وبنتها: فهو كذلك في قولهم.

وقال محمد: إن دخل بهما: فرَّقتُ بينهما، وإن لم يدخل بواحدةٍ منهما: حرَّمتُ عليه الأمَّ، ويُمسك البنتَ؛ لأن تزويج البنت يُحرِّم الأمَّ وإن لم يدخل، ونكاحُ الأمِّ لا يُحرِّم البنتَ ما لم يدخل بها.

وإذا تزوج المجوسيُّ أُمَّه، أو ابنتَه، ثم أسلما : فُرِّق بينهما .

ـ وإذا تزوج الحربيُّ أربعَ نسوة، ثم استُرقَّ: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يُفرَّق بينه وبينهن.

وعند محمد: يُخيَّر بين ثنتين.

ـ وإن تزوج ذميٌّ بذميةٍ علىٰ أن لا صداقَ لها:

قال أبو حنيفة: لا صداقَ لها، كالحربي والحربية.

وقال أبو يوسف ومحمد: هما كالمسلم والمسلمة.

ـ قال صاحبُ «المنظومة»[1] في مقالات أبي حنيفة رحمه الله:

والمهرُ في نكاح أهل الذِّمَّة لو نفياه لم يجبْ في الذِّمَّة.

* قوله: (وإذا تزوج المجوسيُّ أُمَّه، أو بنتَه، ثم أسلمت: فُرِّق بينهما).

ـ وكذا إذا أسلم أحدُهما، أو لم يُسلِما، وترافعا إلينا.

ـ أما إذا رفع أحدُهما: لا يُفرَّق بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما: يفرَّق بينهما.

ـ ثم عند أبي حنيفة: لهذا النكاح بينهم حكمُ الصحة ما لم يُفرَّق بينهما، علىٰ الصحيح.

وعندهما: له حكم البطلان فيما بينهم.

---

(١) النسفي ص٨١.

*** وإذا كان لرجلٍ امرأتان حُرَّتان: فعليه أن يَعْدِل بينهما في القَسْم، بِكْرَيْن كانتا، أو ثَيِّبَتَيْن، أو كانت إحداهما بِكراً، والأخرىٰ ثيِّباً.**

وإن كانت إحداهما حُرَّةً، والأخرىٰ أمةً: فللحرة الثلثان من القَسْم، وللأمة الثلثُ.

وفائدتُه: في وجوب النفقة، والكسوة، وثبوت النسب، والعدة عند التفريق، فعند أبي حنيفة: يجب ذلك، خلافاً لهما.

[العدل بين الزوجات في القَسم:]

* قوله: (وإذا كان للرجل امرأتان حرَّتان: فعليه أن يَعدل بينهما في القَسْم، بِكْرَيْن كانتا أو ثيِّبتَيْن، أو إحداهما بكراً، والأخرىٰ ثيباً).

ـ أو كانت إحداهما حديثةً، والأخرىٰ قديمةً.

ـ وسواء كنَّ مسلمات، أو كتابيات، أو إحداهما مسلمةً، والأخرىٰ كتابيةً، فإنه ينبغي أن يَعدِل بينهما في المأكول والمشروب والملبوس.

* قوله: (وإن كانت إحداهما حرةً، والأخرىٰ أمةً: فللحرة الثلثان من القَسْم، وللأمة الثلثُ).

والمكاتبة والمدبرة وأمُّ الولد: بمنزلة الأمة؛ لأن الرقَّ فيهنَّ قائمٌ.

ـ والمريض والصحيح في اعتبار القَسم سواءٌ.

ـ ثم التسوية المستحَقَّة إنما هي في البيتوتة، لا في المجامعة؛ لأن مبناها علىٰ النشاط، ولأن المجامعة حقُّه، فإذا تركه: لم يُجبر عليه.

ـ وعماد القَسم: الليل.

ـ ولا يجامع المرأةَ في غير يومها.

ولا حَقَّ لهنَّ في القَسْم حالَ السفر، فيسافر الزوجُ بمَن شاء منهن، والأَوْلىٰ أن يُقْرِع بينهن، فيسافر بمَن خَرَجت قُرْعَتُها.

- ولا يدخلُ بالليل علىٰ التي لا قَسْم لها.
- ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار؛ لحاجةٍ.
- ويعودُها في مرضها في ليلةِ غيرها.
- وإن ثَقُل مرضُها: فلا بأس أن يُقيم عندها حتىٰ تشفىٰ، أو تموت.
- وإن أراد أن يقسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثاً ثلاثاً: فله ذلك.
- ويُسوِّي في القَسْم بين المراهِقة والبالغة، والمجنونة والعاقلة، والمريضة والصحيحة، والمسلمة والكتابية.
- وكذا المجبوبُ والخَصِيُّ والعِنِّين في القَسْم بين النساء سواءٌ؛ لأن وجوب العدل في المؤانسة، دون المجامعة.
- ويسوِّي في القَسم بين الحديثة والقديمة.

وعند الشافعي[1]: إن كانت الحديثةُ بكراً: فضَّلها بسبع ليال، وإن كانت ثيباً: فبثلاث.

قلنا: لو وجب التفضيل: لكانت القديمةُ أحقَّ؛ لأن الوحشة في جانبها أكثر، حيث أُدخل عليها ما يَغيظُها.

* قوله: (ولا حقَّ لهنَّ في القَسْم حالَ السفر، ويسافر بمَن شاء منهنَّ، والأَوْلىٰ أن يُقرِع بينهن، فيسافرَ بمَن خرجت قرعتُها).

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٥٦.

. . . .

ـ فإن سافر بإحداهن، ثم عاد من سفره، فطلب الباقياتُ أن يقيم عندهنَّ مثلَ سفره: لم يكن لهن ذلك.

ـ ولم يُحسَب عليه بأيام سفره في التي كانت معه، ولكن يَستقبل العدلَ بينهن.

ـ وقد قالوا: إن الرجل إذا امتنع من القَسْم: يُضرَب؛ لأنه لا يُستدرَك الحقُّ فيه بالحبس؛ لأنه يفوتُ بمضيِّ الزمان.

ـ ولو كان له امرأةٌ واحدةٌ، فطالبته أن يبيت معها وهو يشتغل عنها بالصلاة والصوم، فرفعته إلىٰ القاضي: فإنه يؤمر أن يبيت معها، ويُفطِرُ لها، وليس في ذلك حدٌّ، ولا توقيت.

ـ وفي «الخُجَندي»: كان أبو حنيفة أوَّلاً يقول: يَجعل لها يوماً وليلة، وثلاثة أيام ولياليها يتفرَّغ للعبادة؛ لأنه يقدر أن يتزوج عليها ثلاثاً أُخر، فيكون لها من القَسْم يومٌ وليلة من الأربع.

وبهذا حكَمَ كعبُ بن سَوْر، واستحسنه عمرُ رضي الله عنه، فإنه «روي أن امرأةً أتتْ إلىٰ عمر رضي الله عنه، فقالت: إن زوجي يصوم النهار، ويقوم الليلَ؟

فقال عمر: نِعمَ الزوجُ زوجك، فأعادت عليه كلامَها مِراراً.

فقال لها: ما أحسن ثناءك علىٰ زوجك.

فقال كعب بن سور: إنها تشكوه.

وإذا رَضِيَتْ إحدىٰ الزوجات بتَرْك قِسْمِها لصاحبتها : جاز . ولها أن تَرْجع في ذلك .

قال: وكيف ذلك؟

قال: إنها تشكو إذا صام بالنهار، وقام بالليل: هَجَرَ صحبتَها، ولم يتفرَّغ لها.

فعجب عمر من ذلك، وقال: اقض بينهما يا كعب.

فحكَمَ كعبٌ لها بليلةٍ، ولزوجها بثلاث.

فاستحسنه عمرُ، وولاَّه قضاءَ البصرة»[1]. كذا في «النهاية».

إلا أن أبا حنيفة رجع عن هذا، وقال: ليس هذا بشيءٍ؛ لأنه لو تزوج أربعاً، فطلَبْنَه بالواجب: يكون لكل واحدة ليلةٌ من الأربع، فلو جعلنا هذا حقّاً لكل واحدة: لكان لا يتفرغ لأفعاله.

فلم يؤقِّت في هذا وقتاً، وإنما يَجعل لها ليلةً من الأيام بقدر ما يُحسن من ذلك.

- وإن كانت المرأة أمةً: فعلىٰ قول أبي حنيفة الأول، وهو قول الطحاوي، يجعل لها ليلةً من كل سبع ليال؛ لأن له أن يتزوج ثلاثَ حرائر، فيكون لها ليلةٌ من سبع ليال.

* قوله: (وإذا رضيتْ إحدىٰ الزوجات بترك قَسْمها لصاحبتها: جاز، ولها أن ترجع في ذلك).

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١٢٥٦٨، ١٢٥٨٨).

. . . .

لأنها أسقطتْ حقاً لم يجب، فلا يسقط، ولأنه تبرُّعٌ، والإنسان لا يُجبر علىٰ التبرع.

ـ ولو أن واحدةً منهن بذلت مالاً للزوج ليجعل لها من القَسْم أكثر، أو بَذَلَ لها الزوج مالاً لتجعل يومَها لصاحبتها، أو بذلت هي المالَ لصاحبتها لتجعل يومَها لها: فذلك كلُّه لا يجوز، ويُرَدُّ المال إلىٰ صاحبه؛ لأنه رِشوةٌ، والرِّشوة حرامٌ.

ـ وليس للرجل أن يَعزل ماءَه عن زوجته الحرة إلا بإذنها.

ـ فإن كانت أمةً: فالإذن إلىٰ مولاها عندهما، وقال أبو يوسف: إلىٰ الأمة.

ـ وإن أراد أن يعزل عن أمته: كان له ذلك بغير رضاها، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الرضَاع

قليلُ الرضاع وكثيرُه سواءٌ، إذا حَصَل في مدة الرضاع: تعلَّق به التحريمُ.

كتاب الرضاع

هو في اللغة: المَصُّ.

وفي الشرع: عبارةٌ عن إرتضاعٍ مخصوصٍ يتعلَّق به التحريم.

ـ فقولنا: مخصوص: أي أن تكون المرضِعةُ آدميةً، والراضِعُ في مدة الرضاع.

وسواءٌ وَصَلَ اللبنُ إلىٰ جوف الطفل من ثديٍ، أو مُسْعُطٍ، أو غيرِه.

فإن حُقِن به: لم يتعلق به تحريمٌ، في المشهور.

ـ وإن أقطر في أُذُنَيْه، أو في إحليله، أو في جائفةٍ، أو آمَّةٍ: لم يُحرِّم.

* قال رحمه الله: (قليلُ الرضاع وكثيرُه إذا حصل في مدة الرضاع: تعلَّق به التحريمُ).

يعني بعد أن يُعلَم أنه وصل إلىٰ الجوف.

قال في «الينابيع»: القليلُ مفسَّرٌ بما يُعلَم أنه وصل إلىٰ الجوف.

ومدةُ الرضاعِ عند أبي حنيفة ثلاثون شهراً، وقالا : سنتان.

فإذا مضت مدةُ الرضاع : لم يتعلَّق بالرضاع تحريمٌ.

---

* قوله: (ومدةُ الرضاع عند أبي حنيفة: ثلاثون شهراً، وقال أبو يوسف ومحمد: سنتان).

وقال زفر: ثلاث سنين.

وفي «الذخيرة»: مدتُه ثلاثة أوقات: أدنىٰ ووسط وأقصىٰ، فالأدنىٰ: حولٌ ونصفٌ، والوسط: حولان، والأقصىٰ: حولان ونصف، حتىٰ لو نَقَصَ عن الحولين لا يكون شططاً، وإن زاد علىٰ الحولين لا يكون تعدياً.

- فإن كانت له أمةٌ، فولدت: فله إجبارُها علىٰ إرضاع الولد؛ لأن لبنَها ومنافعَها مملوكةٌ له.

وله أن يأمرها بفِطامه قبل الحولين إذا لم يَضرَّه الفِطام.

- بخلاف الزوجة الحرة، فإنه لا يُجبرُها علىٰ الإرضاع، فإن رضيت به: فليس له أن يأمرها بفِطامه قبل الحولين؛ لأن لها حقَّ التربية إلىٰ تمام مدة الرضاع، إلا أن تختار هي ذلك.

* قوله: (فإذا مضت مدةُ الرضاع: لم يتعلَّق بالرضاع تحريمٌ).

قال عليه الصلاة والسلام: «لا رضاعَ بعد الفِصال»[1].

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١١٤٥٠)، سنن البيهقي ٧/٤٦١، وفيه ضعف، ينظر الدراية ٢/٦٨.

ويَحْرُمُ من الرضاع ما يَحْرُم من النَّسب، إلا أمَّ أخته من الرضاع، فإنه يجوز أن يتزوجها، ولا يجوز أن يتزوج أمَّ أخته من النسب.

ـ واختلف أصحابُنا فيمن فَصَلَ في مدة الرضاع، واستغنىٰ عن الرضاع في المدة علىٰ قولِ كلٍّ واحدٍ منهم:

فروىٰ محمدٌ عن أبي حنيفة: أن ما كان من رضاعٍ في الثلاثين شهراً، قبل الفطام، أو بعده: فهو رضاعٌ يُحرِّم، وعليه الفتوىٰ.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا فُطِم في السنتين حتىٰ استغنىٰ بالطعام، فارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهراً: لم يكن رضاعاً؛ لأنه لا رضاعَ بعد الفطام.

ـ وإن هي فطمَتْه، فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع، ثم عاد فارتضع، فهو رضاعٌ يُحرِّم.

وأما محمد: فكان لا يَعتدُّ بالفِطام قبل الحولين.

* قوله: (ويَحرُم من الرضاع ما يَحرُم من النسب، إلا أمَّ أخيه من الرضاع: فإنه يجوز له أن يتزوجها، ولا يجوز أن يتزوج أمَّ أخيه من النسب).

لأنها تكون أمَّه، أو موطوءةَ أبيه، بخلاف الرضاع.

ـ ولا يجوز أن يتزوج امرأةَ أبيه من الرضاع.

ـ ولو تزوج امرأةً، فطلقها قبل أن يدخل بها: لم يحلَّ له أن يتزوج أمَّها من الرضاعة؛ لأن العقد علىٰ المرأة يُحرِّم أمَّها من النسب، فكذا من الرضاع.

وأختُ ابنِه من الرضاع يجوز أن يتزوجها، ولا يجوز أن يتزوج أختَ ابنِه من النسب.

وامرأةُ أبيه من الرضاع، وامرأةُ ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجهما، كما لا يجوز ذلك من النسب.

ولبنُ الفَحْل يتعلَّقُ به التحريمُ، وهو: أن تُرضِعَ المرأةُ صبيةً، فتَحْرُمُ هذه الصبيةُ علىٰ زوجها، وعلىٰ آبائه، وأبنائه، ويصيرُ الزوجُ الذي نَزَلَ لها منه اللبن أباً للمرضَعَة.

ـ ولا يحل له تزويج بنتِ امرأتِه من الرضاع إن دخل بها؛ لأن تحريم الربيبة من النسب يتعلق بوطء الأم، فكذا الربيبة من الرضاع.

* قوله: (ويجوز أن يتزوج أختَ ابنه من الرضاع، ولا يجوز من النسب).

لأنه لما وطئ أمَّها: حرمت عليه، ولا يوجد هذا المعنىٰ في الرضاع.

* قوله: (وامرأةُ أبيه من الرضاع، وامرأةُ ابنِه من الرضاع لا يجوز أن يتزوَّجهما، كما لا يجوز ذلك من النسب).

وذِكْر الأصلاب في النص؛ لإسقاط اعتبار التبنِّي.

* قوله: (ولبنُ الفحل يتعلَّق به التحريمُ، وهو: أن تُرضع المرأةُ صَبِيَّةً: فتَحرُم هذه الصبيةُ علىٰ زوجها، وعلىٰ آبائه، وأبنائه، ويصير الزوج الذي نَزَلَ لها منه اللبن أباً للمرضَعَة).

. . . .

ـ وإنما يتعلق التحريم بلبن الفحل إذا ولدت المرأة منه، أما إذا لم تلد منه، ونزل لها لبنٌ: فإن التحريم يختصُّ بها، دونه، حتىٰ لا تحرمُ هذه الصبية علىٰ ولد هذا الرجل من امرأةٍ أخرىٰ.

ـ وقوله: فتحرم هذه الصبية علىٰ زوجها: وقع اتفاقاً، وخرج مخرج الغالب، وإلا: فلا فرق بين زوجها وغيره، حتىٰ لو زنىٰ رجلٌ بامرأة، فولدت منه، وأرضعت صبيةً بلبنه: تحرم عليه هذه الصبية، وعلىٰ أصوله وفروعه.

وذكر الخُجَنديُّ خلافَ هذا، فقال: المرأة إذا ولدت من الزنا، فنزل لها لبنٌ، أو نزل لها لبنٌ من غير ولادة، فأرضعت به صبياً: فإن الرضاع يكون منها خاصةً، لا من الزاني، وكلُّ مَن لم يثبت منه النسب: لا يثبت منه الرضاع.

ـ وإن وطئ امرأةً بشبهة، فحبلت منه، فأرضعت صبياً: فهو ابن الواطئ من الرضاع.

ـ وعلىٰ هذا: كلُّ مَن يثبت نسبه من الواطئ: يثبت منه الرضاع، ومَن لا يثبت نسبه، لا يثبت منه الرضاع.

ـ وعلىٰ المرأة أن لا تُرضع كلَّ صبيٍّ من غير ضرورة، فإن أرضعت: فلتَحْفَظْ، ولتكتبْ؛ احتياطاً حتىٰ لا يُنسىٰ بطول الزمان.

ويجوز أن يتزوج الرجلُ بأخت أخيه من الرضاع، كما يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب، وذلك مثل الأخ من الأب، إذا كان له أختٌ من أمه: جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها.

وكلُّ صبيَّيْن اجتمعا علىٰ ثديٍ واحدٍ: لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر.

ـ ومَن طلَّق زوجتَه، ولها لبنٌ منه، وانقضتْ عدتُها، وتزوجت بآخر، ثم أرضعتْ صبياً عند الثاني: إن كان قبل أن تحبل من الثاني: فالرضاع يكون من الأول، إجماعاً.

ـ وإن كان بعد ما حبلت من الثاني قبل أن تلد: فالرضاع من الأول إلىٰ أن تلد عند أبي حنيفة، فإذا ولدت: فالتحريمُ للثاني، دون الأول.

وقال أبو يوسف: تُعتبر الغلبةُ، فإن كانا سواء: فهو منهما، وإن عُلم أن هذا اللبن من الثاني: كان منه، وإلا: فهو من الأول.

وقال محمد: هو منهما جميعاً إلىٰ أن تلد، فإذا ولدت: فالتحريم للثاني.

* قوله: (ويجوز أن يتزوَّج أختَ أخيه من الرضاع، كما يجوز من النسب، وذلك مثل الأخ من الأب إذا كان له أختٌ من أمه: جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها)؛ لأنه ليس بينهما ما يوجب تحريماً.

* قوله: (وكل صبيين اجتمعا علىٰ ثديٍ واحد، في مدة الرضاع: لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر).

. . . .

ـ المراد اجتماعُهما علىٰ الإرضاع، طالتِ المدةُ أو قَصُرت، تقدَّمَ رضاع أحدهما علىٰ الآخر، أم لا؛ لأن أمَّهما واحدةٌ، فهما أخٌ وأختٌ.

وليس المراد اجتماعهما معاً في حالةٍ واحدة، وإنما يريد إذا كان رضاعهما من ثديٍ واحد.

فعلىٰ هذا: لو تزوج صغيرةً، فأرضعتها أمُّه: حرمت عليه؛ لأنها تصير أختَه.

ـ ولو تزوج صغيرتين، فجاءت امرأةٌ فأرضعتهما معاً، أو واحدةً بعد أخرىٰ: صارتا أختين، وحرمتا عليه، ولكل واحدة منهما نصف المهر؛ لأن الفُرقة حصلت قبل الدخول بغير فعلهما.

ـ فإن كانت المرضِعة تعمَّدت الفسادَ: رجع عليها بما غَرِمَ من المهر.

وإن لم تتعمد: لم يرجع عليها بشيء.

وعند الشافعي[1]: تضمن في الوجهين.

ـ فإن كنَّ ثلاث صبايا، فأرضعتهنَّ واحدةً بعد واحدة: بانت الأُوليان، وكانت الثالثة امرأتَه؛ لأنها لمَّا أرضعت الثانيةَ: صار جامعاً بين أختين، فوقعت الفُرقةُ بينه وبينهما، ثم لمَّا أرضعت الثالثةَ: صارت أختاً لهما، وهما أجنبيتان، والتحريمُ يتعلق بالجمع.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٤٢٣.

ولا يجوز أن تتزوج المرضَعَةُ أحداً من ولد التي أرضَعَتْها، ولا ولدَ ولدِها.

ولا يتزوج الصبيُّ المرضَعُ أختَ زوجِ المرضِعة، لأنها عمَّتُه من الرضاع.

وإذا اختلط اللبنُ بالماء، واللبنُ هو الغالبُ: تعلَّق به التحريمُ.

وإن غلب الماءُ: لم يتعلق به التحريمُ.

ـ وإن أرضعت الأولىٰ، ثم الثنتين معاً: بِنَّ جميعاً؛ لأن إرضاع الأُولىٰ لم يتعلق به تحريمٌ، فلما أرضعت الأُخرتين معاً: صِرْنَ أخوات في حالة واحدة، فيفسد نكاحهن.

ـ وإن كنَّ أربع صبايا، فأرضعتهنَّ واحدةً بعد أخرىٰ: بِنَّ جميعاً؛ لأنها لما أرضعت الثانيةَ: صارت أختاً للأُولىٰ: فبانتا، فلما أرضعت الرابعةَ: صارت أختاً للثالثة: فبانتا جميعاً.

* قوله: (ولا يجوز أن يتزوج المُرضَعَةَ أحدٌ من ولد التي أرضعتها)؛ لأنه أخوها، (ولا ولدَ ولدِها)؛ لأنه ولدُ أخيها.

* قوله: (ولا يتزوجُ الصبيُّ المرضَعُ بأخت زوجِ المرضِعَة؛ لأنها عمَّتُه من الرضاعة).

قال عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(١).

* قوله: (وإذا اختلط اللبنُ بالماء، واللبنُ هو الغالب: تعلَّق به التحريم، وإن غلب الماءُ: لم يتعلق به التحريمُ).

---

(١) تقدم ص٢٧٣.

وإذا اختلط بالطعام : لم يتعلَّق به التحريمُ وإن كان اللبنُ غالباً عند أبي حنيفة، وقالا : يتعلق به التحريم.

ـ وغلبةُ اللبن: أن يوجد طعمُه ولونُه وريحُه.

ـ وأما إذا كان الغالبُ هو الماء: لم يتعلَّق به التحريم؛ لأنه لا يقع به التغذي، كما في اليمين إذا حلف لا يَشرب اللبنَ، فشرب لبناً مخلوطاً بالماء، والماءُ غالِبٌ: لم يحنث.

وقيل: الغلبة عند أبي يوسف: تغيُّر اللون والطعم.

وعند محمد: إخراجُه من الاسم.

* قوله: (وإذا اختلط بالطعام: لم يتعلَّق به التحريمُ وإن كان اللبنُ غالباً عند أبي حنيفة).

(وعندهما): إذا كان اللبن غالباً: (تعلَّق به التحريم).

ـ قال في «الهداية»[1]: قولهما فيما إذا لم تَمَسَّه النار، حتىٰ لو طُبخ بها: لا يتعلق به التحريم، في قولهم جميعاً.

ـ وفي «المستصفىٰ»: إنما لم يثبت التحريمُ عنده إذا لم يشربه، أما إذا حَسَاه حَسْواً: ينبغي أن يثبت.

وقيل: إذا كان الطعام قليلاً بحيث أن يصير اللبن مشروباً فيه، فشَرِبَه: ثبت التحريم.

---

(١) ١/٢٢٤.

وإذا اختلط بالدواء، واللبنُ هو الغالبُ: تعلَّق به التحريمُ.

وإذا حُلِبَ اللبنُ من المرأة بعد موتها، فأُوْجِر به الصبيُّ: تعلَّق به التحريم.

---

* قوله: (وإذا اختلط بالدواء، واللبنُ هو الغالبُ: تعلَّق به التحريم)؛ لأن اللبن يبقىٰ مقصوداً فيه، إذ الدواء لتقويته علىٰ الوصول.

* قوله: (وإذا حُلِب اللبنُ من المرأة بعد موتها، فأُوجر به الصبيُّ: تعلَّق به التحريم).

لأن اللبن بعد الموت علىٰ ما كان عليه قبلَه، إلا أنه في وعاء نجس، وذلك لا يمنع التحريم.

ولأن اللبن لا يلحقه الموتُ، فحاله بعده: كحاله قبله.

ولأن الميتة فُقِدَ فِعلُها، وفِعْلُ المرضِعة لا يُعتبر بدلالة ارتضاع الصبي منها وهي نائمةٌ.

ـ وفائدةُ التحريم بلبن الميتة: أنه لو ارتضع بلبنها صغيرةٌ، ولها زوجٌ: فإن الميتة تصير أمَّ زوجته، ويصير مَحرَماً للميتة، فله أن ييممها، ويدفنها.

ـ وهذا بخلاف وطء الميتة، فإنه لا يتعلق به حرمة المصاهرة، بالإجماع.

والفرق: أن المقصود من اللبن: التغذي، والموتُ لا يمنع منه، والمقصود من الوطء: اللذة المعتادة، وذلك لا يوجد في وطء الميتة.

وإذا اختلط لبنُ المرأة بلبنِ شاةٍ، ولبنُ المرأةِ هو الغالبُ: تعلَّق به التحريمُ.

وإن غَلَبَ لبنُ الشاة: لم يتعلق به التحريم.

وإذا اختلط لبنُ امرأتين: تعلَّق التحريمُ بأكثرهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: تعلق بهما التحريم.

وإذا نزل للبِكْر لبنٌ، فأرضعت به صبياً: تعلَّق به التحريم.

---

* قوله: (وإذا اختلط لبنُ المرأةُ بلبن شاةٍ، ولبنُ المرأة هو الغالب: تعلق به التحريم، وإن غلب لبنُ الشاة: لم يتعلق به التحريم)، كما في الماء.

ـ وعلىٰ هذا: إذا اختلط بالدُّهن.

* قوله: (وإذا اختلط لبنُ امرأتين: تعلَّق التحريمُ بأكثرهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمدٌ: يتعلَّق بهما التحريم).

وعن أبي حنيفة: مثل قول أبي يوسف.

ـ وأما إذا تساويا: تعلَّق بهما جميعاً، إجماعاً؛ لعدم الأولوية.

* قوله: (وإذا نزل للبكر لبنٌ، فأرضعت به صبياً: تعلَّق به التحريم).

لإطلاق النص، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾. النساء/٢٣.

ـ ولو أن صبيةً لم تبلغ تسع سنين نزل لها لبنٌ، فأرضعت به صبياً: لم

وإذا نزل للرجل لبنٌ، فأرضع به صبياً : لم يتعلَّق به التحريم .

وإذا شَرِب صَبِيَّان من لبنٍ شاةٍ : فلا رضاعَ بينهما .

وإذا تزوَّج الرجلُ صغيرةً وكبيرةً، فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ : حَرُمَتَا علىٰ الزوج .

يتعلق به تحريمٌ، وإنما يتعلَّق التحريم به إذا حصل من بنت تسع سنين، فصاعداً.

* قوله: **(وإذا نزل للرجل لبنٌ، فأرضع به صبياً: لم يتعلق به التحريم)**.

لأنه ليس بلبن علىٰ الحقيقة؛ لأن اللبن إنما يُتصوَّر ممن تُتصوَّر منه الولادة.

ـ وإذا نزل للخنثىٰ لبنٌ: إن عُلم أنه امرأةٌ: تعلَّق به التحريم، وإن عُلم أنه رجلٌ: لم يتعلق به التحريم.

وإن أشكل: إن قال النساءُ: إنه لا يكون علىٰ غزارته إلا لامرأة: تعلق به التحريم؛ احتياطاً، وإن لم يقلن ذلك: لا يتعلق به تحريمٌ.

ـ وإذا جُبِّن لبنُ امرأة، وأُطعم الصبيُّ: تعلق به التحريم.

* قوله: **(وإذا شرب صَبِيَّان من لبن شاة: فلا رضاع بينهما)**؛ لأن لبن الشاة لا حرمة له، بدليل أن الأمومة لا تثبت به، ولا أخوَّة بينه وبين ولدها، ولأن لبن البهائم له حكم الطعام.

* قوله: **(وإذا تزوج الرجل صغيرةً وكبيرةً، فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ: حرمتا علىٰ الزوج)**؛ لأن الكبيرة صارت أُمَّاً لها، فيكون جامعاً

فإن كان لم يدخل بالكبيرة : فلا مهرَ لها .

وللصغيرة نصفُ المهر، ويرجعُ به الزوجُ علىٰ الكبيرة إن كانت تعمَّدت به الفسادَ .

بين الأم والبنت، وذلك حرام.

* قوله: **(فإن كان لم يدخل بالكبيرة: فلا مهر لها)**؛ لأنها صارت مانعةً لنفسها قبل الدخول.

* قوله: **(وللصغيرة نصفُ المهر)**؛ لأنه لم يحصل منها فعلٌ.

* قوله: **(ويرجع به الزوجُ علىٰ الكبيرة إن كانت تعمَّدت الفسادَ)**، بأن علمت بالنكاح، وقصدت بالإرضاع الفسادَ.

وقال محمد: يرجع عليها، تعمَّدت، أوْ لا.

والصحيح الأول، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

ـ والقول قولُها إنها لم تتعمد، مع يمينها.

ـ وتفسير التعمد هو: أن تُرضعها من غير حاجة، بأن كانت شبعانةً، وأن تعلم بقيام النكاح، وأن تعلم بأن الإرضاع مفسِدٌ.

أما إذا فات شيءٌ من هذا: لم تكن متعمدةً.

ـ وإن أرضعتها علىٰ ظنٍّ أنها جائعة، ثم بان أنها شبعانة: لا تكون متعمدة.

ـ ولو كان له امرأتان صغيرةٌ ومجنونةٌ، فأرضعت المجنونةُ الصغيرةَ: حرمتا عليه.

وإن لم تتعمَّد : فلا شيءَ عليها .

ولا تُقبَل في الرضاع شهادةُ النساء منفرداتٍ، . . . .

ـ فإن لم يدخل بالمجنونة: فلها نصفُ المهر، وللصغيرة النصف، ولا يرجع به علىٰ المجنونة؛ لأن فعلها لا يوصف بالجناية.

ـ وكذا إذا جاءت الصغيرةُ إلىٰ الكبيرة العاقلةِ، وهي نائمةٌ، فأخذت ثديَها، وجعلته في فمها، وارتضعت منها من غير علمها: بانتا منه.

ولكل واحدة منهما نصفُ المهر، ولا يرجع به علىٰ أحد.

ـ ولو أن رجلاً أخذ لبنَ الكبيرة، فأوجر به الصغيرةَ: بانتا منه.

ولكلٍّ واحدةٍ منهما نصفُ الصداق.

فإن تعمَّد الرجلُ الفسادَ: غَرِمَ نصفَ الصداق لكل واحدةٍ منهما. كذا في «الواقعات».

* قوله: (وإن لم تتعمد: فلا شيءَ عليها) وإن علمتْ أن الصغيرة امرأتُه.

معناه: إذا قصدت دفعَ الجوع عنها؛ خوفَ الهلاك عليها؛ لأن الإرضاع فرضٌ عليها إذا خافتْ هلاكَها.

ـ وإن علمتْ بالنكاح، ولم تعلَم بالفساد: لم تكن متعديةً، فلا يلزمها ضمانٌ.

* قوله: (ولا تُقبل في الرضاع شهادةُ النساء منفردات)، من غير أن

وإنما يثبت بشهادة رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن.

يكون معهن رجلٌ؛ لأنه مما يَطَّلع عليه الرجالُ؛ لأن ذا الرحم المَحرَم ينظر إلىٰ الثدي، وهو مقبولُ الشهادة في ذلك.

* قوله: (وإنما يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين)، إذا كانوا عدولاً.

ـ فإذا شهدوا بذلك: فُرِّق بينهما.

ـ فإن كان قبل الدخول: فلا مهر لها، وإن كان بعده: فلها الأقلُّ من المسمىٰ ومن مهر المثل.

ـ وليس لها في العدة نفقةٌ، ولا سكنىً.

ـ قال في الكَرخي: «رُوي أن عُقبة بن الحارث قال: تزوجتُ أمَّ يحيىٰ بنت أبي إهاب، فجاءت سوداءُ، فقالت: إني أرضعتُكما.

قال: فذكرتُ ذلك لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فأعرض، ثم ذكرتُه له، فأعرض، حتىٰ قال: في الثالثة أو الرابعة: فدَعْها إذاً»[1].

وروي: «فارِقْها، فقلتُ: يا رسول الله! إنها سوداء؟! فقال: كيف وقد قيل».

أي قيل: إنها أختُك.

ـ وإنما أمره النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ طريق التنزُّه، ألا ترىٰ أنه

---

(١) صحيح البخاري برقم: (٨٨)، و(٢٠٥٢)، و(٢٦٤٠).

. . . .

أعرض عنه أولاً، وثانياً، ولو وجب التفريق: لما أعرض عنه، ولأَمَرَه بالتفريق في أول سؤاله، فلما لم يفعل: دلَّ علىٰ أنه أراد به التنزُّه.

ولأن قوله: فارِقْها: دليلٌ علىٰ بقاء النكاح.

* * * * *

كتاب الطلاق

الطلاقُ علىٰ ثلاثة أوجُهٍ: أحسنُ الطلاق، وطلاقُ السُّنَّة، وطلاقُ البِدْعة.

كتاب الطلاق

هو في اللغة: عبارةٌ عن إزالة القَيْد، وهو مأخوذٌ: من الإطلاق.

تقول العربُ: أطلقتُ إبلي وأسيري، وطلَّقتُ امرأتي، وهما سواء، وإنما فرَّقوا بين اللفظين؛ لاختلاف المعنيين، فجعلوه في المرأة: طلاقاً، وفي غيره: إطلاقاً.

كما فرَّقوا بين حَصان وحِصان، فقالوا للمرأة: حَصَانٌ، وللفرس: حِصانٌ، وهما سواءٌ في اللفظ، مختلفٌ في المعنىٰ.

ـ وهو في الشرع: عبارةٌ عن المعنىٰ الموضوع لحَلِّ عُقدة النكاح.

ويقال: عبارةٌ عن إسقاط الحقِّ عن البُضع، ولهذا يجوز تعليقه بالشرط.

فالطلاق عندهم لا يُزيل الملكَ، وإنما يحصل زوالُ الملك عقيبَه إذا كان طلاقاً قبل الدخول، أو بائناً، وإن كان رجعياً: وقف علىٰ انقضاء العِدة، أي لم يَزُل الملكُ إلا بعد انقضائها.

* قال رحمه الله: (الطلاقُ علىٰ ثلاثةِ أوجهٍ: أحسن الطلاق، وطلاق السنة، وطلاق البدعة[1]).

---

(١) هذه الأقسام الثلاثة ذُكرت في نسخ القدوري، ولم تُذكر في نسخ الجوهرة.

فأحسنُ الطلاق أن يُطلِّقَ الرجلُ امرأتَه تطليقةً واحدةً في طُهْرٍ واحدٍ لم يجامِعْها فيه، ويَتْركَها حتىٰ تَنقضيَ عِدَّتُها.

يعني: أنه: حَسَنٌ، وأحسنُ، وبِدْعيٌّ.

وهذا اختيار صاحب «الهداية»[1].

ـ وفي «الكرخي»: هو علىٰ ضربين: طلاق سُنَّة، وطلاق بدعة.

أما تقسيمُ الشيخ علىٰ ثلاثة أوجه، فيحتمل أنه أراد طلاقَ سُنَّةٍ، وطلاقَ بدعة، وطلاقاً خارجاً عنهما، وهو طلاقُ غيرِ المدخول بها، وطلاقُ الصغيرة، والآيسة.

ويحتمل أيضاً: أنه أراد طلاقَ صريحٍ، وطلاقَ كنايةٍ، وطلاقاً في معنىٰ الصريح، وليس بصريحٍ ولا كناية.

وهو ثلاثة ألفاظٍ يقع بها الرجعي، ولا يقع بها إلا واحدةً، وهو قوله: اعتدِّي، واستبرئي رَحِمَك، وأنتِ واحدةٌ.

* قوله: (فأحسنُ الطلاق: أن يطلِّق امرأتَه تطليقةً واحدةً، في طُهْرٍ لم يجامعها فيه، ويَتركَها حتىٰ تنقضيَ عدتُها).

ـ فإن قيل: قوله: أحسن: ينبغي أن يكون في الطلاق ما هو حَسَنٌ، وهذا أحسنُ منه.

قيل: هو كذلك؛ لأن الطلاق ثلاثاً، في ثلاثة أطهارٍ، لا يجامعها فيه:

---

(١) ١/٢٢٦.

وطلاقُ السُّنَّة : أن يُطلِّق المدخولَ بها ثلاثاً، في ثلاثة أطهار.

حَسَنٌ، وهو طلاقُ السُّنَّة، وهذا أحسن منه[١].

* قوله: (وطلاقُ السُّنَّة: أن يطلِّق المدخولَ بها ثلاثاً، في ثلاثة أطهار).

وهو أنْ يطلِّقها تطليقةً في طُهْرٍ لا جماعَ فيه، ثم إذا حاضت وطهُرت: طلَّقها أخرىٰ، ثم إذا حاضت وطهُرت: طلَّقها أخرىٰ، فقد وقع عليها ثلاث تطليقات، ومضىٰ من عدتها حيضتان، فإذا حاضت أخرىٰ: انقضت عدتها.

ـ وإن كانت من ذوات الأشهر: طلَّقها واحدةً علىٰ ما ذكرنا، ثم إذا مضىٰ شهرٌ: طلَّقها أخرىٰ، ثم إذا مضىٰ شهرٌ: طلقها أخرىٰ، فقد وقع عليها ثلاثٌ، ومضىٰ من عدتها شهران، فإذا مضىٰ شهرٌ آخر: انقضت عدتها.

ـ وإن كانت حاملاً فكذا عندهما، يطلِّقها ثلاثاً للسُّنَّة، ويَفصِل بين كل تطليقتين بشهر.

وقال محمدٌ وزفر: الحاملُ لا تُطلَّق للسُّنَّة إلا مرةً.

---

(١) كلٌّ من الحسنٌ، والأحسن: سُنِّيٌّ، وتسميةُ ما إذا طلَّقها ثلاثاً في ثلاثة أطهارٍ لا جماع فيها: بأنه طلاقٌ حسنٌ، وأنه السنَّة: لا وجهَ له، والمناسبُ تسميته بـ: المفضول من طلاق السنَّة. فتح القدير ٣/٣٢٧، ٣٢٨، البحر الرائق ٣/٢٥٦.

وطلاقُ البدعة: هو أن يطلِّقها ثلاثاً بكلمةٍ واحدة، أو ثلاثاً في طُهْرٍ واحدٍ.

فإذا فَعَلَ ذلك: وَقَعَ الطلاقُ، وبانت امرأتُه منه، وكان عاصياً.

---

* قوله: (**وطلاقُ البدعة: أن يُطلِّقها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ، أو ثلاثاً في طهرٍ واحدٍ، فإذا فعل ذلك: وقع الطلاق، وبانت منه، وكان عاصياً**).

لأن الأصل في الطلاق الحظرُ؛ لِمَا فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية.

فالدينية: حفظُ النفس من الزنا، وحفظُ المرأة أيضاً عنه، وفيه تكثيرٌ للموحِّدين، وتحقيقُ مباهاةِ سيد المرسلين صلىٰ الله عليه وسلم.

وأما الدنيوية: فقِوامُ أمر المعيشة؛ لأن المرأة تعمل داخلَ البيت، والرجلَ خارجَه، فينتظم أمرُهما.

فإذا كان كذلك: كان فيه معنىٰ الحَظْر، وإنما أُبيح للحاجة إلىٰ الخَلاص من حِبَالة النكاح، وذلك يحصل بتفريق الطلاق علىٰ الأطهار.

ـ وإنما كان عاصياً؛ «لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام لمَّا أنكر علىٰ ابن عمر الطلاقَ في الحيض، قال ابن عمر: أرأيتَ يا رسول الله! لو طلقتُها ثلاثاً؟ قال: إذاً عصيتَ ربَّك، وبانتْ منك»[1].

و«قال عبادة بن الصامت: طلَّق بعضُ آبائنا امرأتَه ألفاً، فذُكِر ذلك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: بانت بثلاثٍ، في معصية، وتسعمائة

---

(١) صحيح مسلم (١٤٧١).

والسُّنَّةُ في الطلاق من وجهَيْن: سُنَّةٌ في الوقت، وسُنَّةٌ في العدد.

فالسُّنَّةُ في العدد، يستوي فيها المدخولُ بها، وغيرُ المدخول بها.

وسبعةٌ وتسعون فيما لا يَملك»[1].

«وكان عمر رضي الله عنه لا يُؤتىٰ برجلٍ طلَّق ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً»[2].

ـ وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعةٌ.

ـ وكذا الطلاق في حالة الحيض مكروهٌ؛ لما فيه من تطويل العدة علىٰ المرأة.

ـ وكذا في النفاس أيضاً.

ـ واختلفت الرواية في الواحدة البائنة:

قال في «الأصل»: إنه أخطأ السُّنَّة؛ لأنه لا حاجة إلىٰ إثبات صفةٍ زائدة في الخَلاص، وهي البينونة.

وفي «الزيادات»: لا يكره؛ للحاجة إلىٰ الخَلاص الناجز.

* قوله: (والسُّنَّة في الطلاق من وجهين: سُنَّةٌ في الوقت، وسُنَّةٌ في العدد، فالسُّنَّة في العَدَد: يستوي فيها المدخولُ بها وغيرُ المدخول بها).

---

(١) سنن الدارقطني (٣٩٤٣)، وعزاه في مجمع الزوائد ٤/ ٣٣٨ للطبراني، وفيه ضعف.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٨٠٨٩).

والسُّنَّةُ في الوقت، تثبت في حقِّ المدخول بها خاصة، وهو: أن يطلِّقها واحدةً في طُهْرٍ لم يجامِعْها فيه.

لأن الطلاق الثلاثَ في كلمةٍ إنما مُنِع منه؛ خوفاً من الندم، أن يبدوَ له، فيستدرك العقدَ عليها ثانياً، وهذا المعنىٰ موجودٌ في غير المدخول بها.

ـ ويقال: إن السُّنَّة في العدد: هو أحسنُ الطلاق، وهو أن يطلِّقها واحدةً، لا غير.

ـ وسُمِّيت الواحدة عدداً: مجازاً؛ لأنه أصلُ العدد، فإن كانت غير مدخولة، فقد وُجدت السُّنَّة في طلاقها من غير التفاتٍ إلىٰ أمرٍ آخر.

وإن كانت مدخولةً: فلا بدَّ من النظر إلىٰ الوقت، فإن كان يصلح للإيقاع: كان سُنِّياً، وإن لم يصلح: كان بدعياً.

ـ وقولُه: يستوي فيها المدخولةُ وغيرُها: حتىٰ لو قال قبل الدخول: أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسُّنَّة: يقع واحدةً ساعةَ تكلَّم، فإن تزوجها: وقعت أخرىٰ ساعةَ تزوَّجها، وكذا الثالثة ساعةَ تزوَّجها مرةً أخرىٰ.

وقال أبو يوسف: لا يقع أخرىٰ حتىٰ يَمضيَ شهرٌ من الأُولىٰ. كذا في «الذخيرة».

* قوله: (والسُّنَّة في الوقت: تَثبتُ في المدخول بها خاصةً، وهو أن يطلقها في طُهْرٍ لم يجامعها فيه)، أو حاملاً قد استبان حملُها.

لأنه إذا طلَّقها في حال الحيض: طوَّل عليها العدةَ، وإن طلَّقها في طُهْرٍ قد جامعها فيه: لم يُؤمَن أن تكون عَلِقت من ذلك الجماع، فيندم

وغيرُ المدخول بها أن يطلقها في حالِ الطهر والحيض جميعاً.

وإذا كانت المرأةُ ممن لا تحيض من صِغَرٍ أو كِبَرٍ، فأراد أن يطلِّقها للسُّنَّة: طلَّقها واحدةً، فإذا مضىٰ شهرٌ: طلَّقها أخرىٰ، فإذا مضىٰ شهرٌ آخر: طلَّقها أخرىٰ.

ويجوز أن يطلقها ولا يفصلَ بين وَطْئها وطلاقها بزمان.

علىٰ طلاقها، وهذا لا يُتصوَّر إلا في المدخولة.

وأما غير المدخولة: فلا تثبت فيها السنَّةُ في الوقت، حتىٰ إنه لا يكره طلاقُها وهي حائضٌ؛ لأنها لا عدة عليها.

* قوله: (وغيرُ المدخول بها: يطلِّقها في حالة الطهر والحيض).

وقال زفر: لا يطلقها في حالة الحيض.

* قوله: (وإذا كانت المرأةُ ممن لا تحيض من صِغَر أو كِبَر، وأراد أن يُطلِّقها للسُّنَّة: طلَّقها واحدةً متىٰ شاء)؛ لأن المانع من طلاق الحائض تطويلُ العدة، وخوفُ الحبَل، وهذا معدومٌ في الآيسة، والصغيرة.

وقال زفر: لا يطلِّقها حتىٰ يَمضيَ شهرٌ بعد ما جامعها.

ـ فإن أراد أن يحصل لها طلاقُ السُّنَّة بالعدد: طلَّقها واحدةً متىٰ شاء، (ثم يتركها حتىٰ يمضيَ شهرٌ، ثم يطلِّقها أخرىٰ، ثم يتركها شهراً، ثم يطلِّقها أخرىٰ).

* قوله: (ويجوز أن يطلِّقها ولا يفصلَ بين وطئها وطلاقها بزمان).

يعني التي لا تحيض من صِغَرٍ أو كِبَر.

وطلاقُ الحامل يجوز عَقِيب الجِمَاع، ويطلقُها للسُّنَّة ثلاثاً، يَفْصِلُ بين كل تطليقتَيْن بشهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يطلقها للسُّنَّة إلا واحدةً.

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حال الحيض: وقع الطلاقُ.

ويُستحبُّ له أن يراجعها، . . . .

وقال زفر: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر.

ـ والخلاف فيما إذا كانت صغيرةً لا يُرجىٰ منها الحيض والحبل، أما إذا كانت يرجىٰ منها ذلك: فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، إجماعاً.

* قوله: (وطلاق الحامل يجوز عَقِيْب الجماع)؛ لأنه لا يؤدي إلىٰ اشتباه العدة.

* قوله: (ويطلِّقها للسُّنَّة ثلاثاً، يَفصِل بين كل تطليقتين بشهرٍ عندهما، وقال محمد وزفر: لا يطلقها للسنة إلا واحدةً).

لأن الأصل في الطلاق الحَظْر، وقد ورد الشرعُ بالتفريق علىٰ فصول العدة، وهي الأشهر، أو الحيض، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها، وهما يقيسانها علىٰ الآيسة والصغيرة.

* قوله: (وإذا طلق الرجلُ امرأتَه في حال الحيض: وقع الطلاقُ، ويُستحبُّ له أن يراجعها).

فإذا طَهُرت، وحاضت، وطَهُرت، فهو مخيَّرٌ: إن شاء طلقَّها، وإن شاء أمسكها.

الاستحباب قول بعض المشايخ، والأصح أنه واجبٌ، عملاً بحقيقة الأمر، وهو «قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه: مُرْ ابنَك فليراجعها، وكان قد طلَّقها وهي حائضٌ»[1].

ـ فإن قيل: الأمر إنما أثبت الوجوبَ علىٰ عمر أن يأمر ابنَه بالمراجعة، فكيف يثبت وجوب المراجعة بقول عمر؟

قلنا: فعل النائب: كفعل المَنوب عنه، فصار كأن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم هو الذي أمره بالمراجعة، فثبت الوجوب.

ـ قال الخُجَندي: والخلعُ في حالة الحيض مكروهٌ، في رواية «الزيادات».

وفي «المنتقىٰ»: لا بأس به في حالة الحيض إذا رأىٰ منها ما يكْرَه.

* قوله: (فإذا طَهُرت وحاضت، ثم طهُرت: فهو بالخيار: إن شاء طلَّقها، وإن شاء أمسكها)، وهذا قولهما.

وقال أبو حنيفة وزفر: إذا راجعها بالقول بعد ما طلقها في الحيض: جاز أن يطلِّقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف: إذا طلَّقها في طُهْرٍ لا جماعَ فيه، ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول، وأراد أن يطلقها أخرىٰ للسُّنَّة في ذلك الطهر: فله ذلك عند أبي حنيفة وزفر.

---

(١) صحيح البخاري (٥٢٥١)، صحيح مسلم (١٤٧١).

ويقعُ طلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان بالغاً عاقلاً.

ولا يقعُ طلاقُ الصبيِّ، والمجنونِ، والنائم.

وقال أبو يوسف: ليس له ذلك.

وقول محمدٍ مضطربٌ، ذكر الطحاويُّ أنه مع أبي حنيفة، وذكر أبو الليث أنه مع أبي يوسف.

ـ وكذلك الاختلاف إذا راجعها باللمس أو بالقبلة أو بالنظر إلىٰ الفرج.

ـ وإن راجعها بالجماع: ليس له ذلك، إجماعاً.

* قوله: (ويقع طلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان بالغاً عاقلاً)، سواء كان حراً أو عبداً، طائعاً أو مُكرَهاً، هازلاً كان أو جادّاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كلُّ الطلاق جائزٌ إلا طلاق الصبي والمجنون»[1].

* قوله: (ولا يقعُ طلاقُ الصبيِّ والمجنونِ)؛ لأنه ليس لهما قول صحيحٌ.

ـ وكذا المعتوه لا يقعُ طلاقُه أيضاً، وهو: مَن كان مختلِطَ الكلامِ، بعضُ كلامه مثلُ كلام العقلاء، وبعضُه مثل كلام المجانين.

ـ وهذا إذا كان في حال العَتَه، أما في حالة الإفاقة: فالصحيح أنه واقعٌ.

ـ (و) كذا (النائم) لا يقع طلاقُه؛ لأنه عديم الاختيار.

ـ وكذا المُغمىٰ عليه، ومَن شرب البَنْج.

---

(١) روي بهذا اللفظ موقوفاً في مصنف عبد الرزاق (١٢٣١٦)، التعريف ٤٢/٣.

وإذا تزوج العبدُ بإذن مولاه، ثم طلَّق : وَقَعَ طلاقُه.

ولا يقعُ طلاقُ مولاه علىٰ امرأته.

*** والطلاقُ علىٰ ضربَيْن : صريحٌ، وكنايةٌ.**

ـ ولو جرىٰ علىٰ لسان النائم طلاقٌ: لا عبرةَ به.

ـ ولو استيقظ، وقال: أجزتُ ذلك الطلاقَ، أو أوقعتُه: لا يقع؛ لأنه أعاد الضمير إلىٰ غير معتَبَر.

* قوله: (وإذا تزوَّج العبدُ[١]، ثم طلَّق امرأتَه: وقع طلاقُه)؛ لأن قوله صحيحٌ إذا لم يؤثِّر في إسقاط حقِّ مولاه، ولا حقَّ للمولىٰ في هذا النكاح.

* قوله: (ولا يقع طلاقُ مولاه علىٰ امرأته)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاق بيد مَن ملك الساق»[٢].

ولأن الحِلَّ حصل للعبد، فكان رفعُه إليه.

[صريحُ الطلاق وكناياته :]

* قوله: (والطلاقُ علىٰ ضربين: صريح، وكناية).

فالصريح: ما ظَهَرَ المرادُ به ظهوراً بيِّناً، مثل: أنتِ طالقٌ، أنتِ حرةٌ[٣]، ومنه: سُمِّي القصر: صَرْحاً؛ لارتفاعه علىٰ سائر الأبنية.

---

(١) وفي نسخة القدوري ١٣٠٩هـ زيادة: بإذن مولاه.

(٢) سنن ابن ماجه (٢٠٨١)، وفي رواته: ابن لهيعة: ضعيف، سنن الدارقطني ٤/٣٧، سنن البيهقي ٧/٣٦٠، وينظر البدر المنير ١٩/٦٣٠.

(٣) وفي غالب النسخ: أنت حراً نعتُ. هكذا.

فالصريحُ قولُه: أنتِ طالقٌ، و: مُطَلَّقةٌ، و: قد طلَّقتُك، فهذا يقع به الطلاق الرجعيُّ، ولا يقعُ به إلا واحدةً وإن نوىٰ أكثر من ذلك، ولا يَفتقرُ بهذه الألفاظ إلىٰ النية.

والكناية: ما استتر المراد به.

* قوله: (**فالصريحُ: قولُه: أنتِ طالقٌ، و: مطلَّقةٌ، و: قد طلَّقتُك، فهذا يقعُ به الطلاق الرجعي**)؛ لأن هذه الألفاظَ تُستعمل في الطلاق، ولا تُستعمل في غيره.

* قوله: (**ولا يقعُ به إلا واحدةً وإن نوىٰ أكثرَ من ذلك**).

وقال الشافعي[1]: يقع ما نوىٰ.

* قوله: (**ولا يَفتقر إلىٰ النية**)، يعني الصريح؛ لغلبة الاستعمال.

ـ وكذا إذا نوىٰ الإبانةَ: لا يصح؛ لأنه نوىٰ تنجيزَ ما علَّقه الشرعُ بانقضاء العدة، فيُرَدُّ عليه قَصْدُه.

ـ وإن نوىٰ الطلاقَ عن وَثاق: لم يُصدَّق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه يَحتمله.

ـ وإن صرَّح به، فقال: أنتِ طالقٌ من وَثاقٍ: لم يقع شيءٌ في القضاء.

ـ وإن نوىٰ به الطلاقَ عن العمل: لم يُصدَّق قضاءً، ولا ديانةً.

وعن أبي حنيفة: أنه يُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٩٤.

وقولُه : أنتِ الطلاقُ، أو : أنتِ طالقٌ الطلاقَ، أو : أنتِ طالقٌ طلاقاً : فإن لم تكن له نيةٌ : فهي واحدةٌ رجعيةٌ، وإن نوىٰ اثنتين : لم يقع إلا واحدةً رجعيةً، وإن نوىٰ به ثلاثاً : كان ثلاثاً .

ـ ولو قال: أنتِ مطْلَقةٌ: بتسكين الطاء، والتخفيف: لا يكون طلاقاً إلا بالنية.

ـ ولو طلَّقها طلقةً رجعية، ثم قال: جعلتُها بائناً، أو ثلاثاً: صار كذلك عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: تصير بائناً، ولا تصير ثلاثاً.

وقال محمد وزفر: لا تصير بائناً، ولا ثلاثاً.

ـ ولو قال لها: كوني طالقاً، أو: اُطلُقي: قال محمد: أراه واقعاً.

ـ وكذا إذا قال لأمته: كوني حرةً: أو: اعتقي.

* قوله: (**وقولُه: أنتِ الطالقُ، أو: أنتِ طالقٌ الطلاقَ، أو: أنتِ طالقٌ طلاقاً، فإن لم تكن له نيةٌ: فهي واحدةٌ رجعيةٌ، وإن نوىٰ اثنتين: فهي واحدةٌ رجعيةٌ أيضاً، وإن نوىٰ ثلاثاً: فهي ثلاثٌ**).

ـ وكذا إذا قال: أنتِ طلاقٌ: يقع به الطلاقُ أيضاً، ولا يَحتاج فيه إلىٰ نية، ويكون رجعياً.

ـ وتصح نيةُ الثلاث فيه؛ لأن المصدر يحتمل العمومَ والكثرة؛ لأنه اسمُ جنس.

ـ ولا تصح نيةُ الثِّنتين فيه، خلافاً لزفر.

. . . .

هو يقول: إن الثِّنتين بعضُ الثلاث، فلما صحَّت نية الثلاث: صحت نية بعضها.

ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحَّت لكونها جنساً، حتىٰ لو كانت المرأة أمةً: تصح نية الثنتين؛ باعتبار الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة: عددٌ، واللفظ لا يحتمل العدد.

ـ ولو قال: أنتِ طالقٌ الطلاقَ، وقال: أردتُ بقولي: طالقٌ: واحدةً، وبقولي: الطلاقَ: أخرىٰ: صُدِّق؛ لأن كل واحدةٍ منهما صالحةٌ للإيقاع، فكأنه قال: أنتِ طالقٌ وطالقٌ، فيقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها.

* قوله: (وإن نوىٰ اثنتين: لم يقع إلا واحدةً).

ـ هذا إذا كانت حرةً، أما إذا كانت أمةً: يقع ثنتان، وتحرم، أو يكون قد تقدم علىٰ الحرة واحدة: فيقع اثنتان إذا نواهما، يعني مع الأُولىٰ.

ـ ولو قال: أنتِ طالقٌ طلاقاً ولا نيةَ له: وقعت واحدة؛ لأن المصدر إنما يفيد التأكيد، لا غيرَ، كقولك: قمتُ قياماً، وأكلتُ أكلاً، والتأكيد لا يفيد إلا ما أفاده المؤكَّد.

ـ وإن نوىٰ ثلاثاً: كان ثلاثاً، في رواية «الأصل»؛ لأن المصدر يفيد معنىٰ الكثرة.

وعن أبي حنيفة: لا يقع إلا واحدة.

ـ ولو قال: يا مطلَّقة: بالتشديد: وقع عليها الطلاق؛ لأنه وَصَفَها بذلك.

والضربُ الثاني : الكنايات، ولا يقعُ بها الطلاقُ إلا بنيةٍ، أو بدلالةِ حالٍ.

وهي علىٰ ضربين : منها ثلاثةُ ألفاظٍ يقعُ بها الطلاقُ الرجعي، ولا يقعُ بها إلا طلقةٌ واحدةٌ، وهي : قوله : اعتدِّي، و : استبرِئي رَحِمَك، و : أنتِ واحدةٌ.

فإن نوىٰ ثلاثاً: كان ثلاثاً.

ـ ولو قال: أنتِ طالِ: لا يقع إلا بالنية إلا في حال مذاكرة الطلاق.

ـ ولو قال: يا طالِ: بكسر اللام: وقع الطلاق وإن لم ينوه.

ـ ولو قال: أنتِ طالقٌ طالقٌ، أو قال: أنت طالقٌ أنتِ طالقٌ، وقال: عَنَيتُ الأولَ: صُدِّق ديانةً.

ـ وكذا إذا قال: قد طلقتُك قد طلقتُك، أو أنتِ طالقٌ قد طلقتُك، أو قال: أنت طالقٌ، فقال له رجل: ما قلتَ؟ قال: قد طلقتُها، أو قال: قلتُ: هي طالقٌ: فهي واحدةٌ في القضاء.

ـ ولو قال للمدخول بها: أنتِ طالقٌ أنتِ، أو أنتِ طالقٌ وأنت:

قال أبو يوسف: يقع واحدةً، وقال محمد: ثنتان.

* قوله: (والضربُ الثاني: الكنايات: ولا يقع بها الطلاق إلا بنِيَّةٍ، أو بدلالةِ حال)؛ لأنها تحتمل الطلاقَ وغيرَه، فلا بدَّ من النية أو الدلالة.

* قوله: (وهي علىٰ ضربين: منها ثلاثةُ ألفاظٍ يقع بها الطلاق الرجعي، ولا يقع بها إلا واحدةً، وهي قوله: اعتدِّي، واستبرئي رَحِمَك، وأنتِ واحدةٌ).

وبقيةُ الكنايات إذا نوىٰ بها الطلاقَ : كانت واحدةً بائنةً، . . . .

أما قوله: اعتدِّي: فلأنه يحتمل الاعتدادَ من النكاح، والاعتدادَ بنِعَم الله، فيحتاج إلىٰ النية.

ـ وقوله: استبرئي رَحِمَك: يحتمل لأني قد طلقتُك، ويحتمل أني أريد طلاقَك.

ـ وقوله: أنتِ واحدةٌ: يحتمل أن يكون نعتاً لمصدرٍ محذوف، أي تطليقةً واحدةً، ويحتمل: أنتِ واحدةٌ في قومك.

ـ ولا معتبرَ بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ، وهو الصحيح ؛ لأن العوامَّ لا يميِّزون بين وجوه الإعراب.

وقال بعضهم: إن نَصَبَ الواحدةَ: يقع، نوىٰ أو لم ينو، وإن رَفَعَ: لا يقع شيءٌ وإن نوىٰ.

وإن سكَّنَها: ففيه الكلام.

والصحيح أن الكل سواء، في أنه لا يقع إلا بالنية.

* قوله: (وبقية الكنايات إذا نوىٰ بها الطلاقَ: كانت واحدةً بائنةً).

الكناياتُ كلُّها بوائن، إلا الثلاثةَ التي ذكرناها.

وقال الشافعي[1]: كلُّها رجعي.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨١.

وإن نوىٰ بها ثلاثاً: كانت ثلاثاً، وإن نوىٰ اثنتين: كانت واحدةً.

وهذا مثلُ قوله: أنتِ بائنٌ، و: بائنةٌ، و: بتَّةٌ، و: بَتْلةٌ، و: حرامٌ، و: حَبْلُكِ علىٰ غارِبِك، و: اِلحَقِي بأهلِكِ، و: خَلِيَّةٌ، و: بَرِيَّةٌ، و: وهبتُكِ لأهلكِ، و: سرَّحتُكِ، و: فارقتُكِ، و: أنتِ حرَّةٌ، و: تقنَّعي، و: تخمَّري، و: استتري، و: اغربُي، و: اعزُبي، و: ابتغي الأزواجَ.

---

* قوله: (وإن نوىٰ ثلاثاً: كان ثلاثاً)؛ لأن البينونة تتنوع إلىٰ غليظة وخفيفة، فتارة تكون البينونةُ بواحدة، وتارةً تكون بالثلاث، فيقع ما نوىٰ منها.

* قوله: (وإن نوىٰ اثنتين: كانت واحدةً).

ولا تصح نية الثنتين عندنا.

وقال زفر: يقع اثنتان.

لنا: أن البينونة لا تتضمن العدد، ألا ترىٰ أنك لا تقول: أنتِ بائنتان، فلا يصح أن يقع بالنية ما لا يتضمَّنه الكلام، وليس كذلك إذا أراد الثلاث؛ لأنها لا تقع من حيث العدد، ولكنها نوعُ بينونة.

ـ ولهذا إذا قال لزوجته الأمةِ: أنت بائنٌ: ينوي اثنتين: وقعتا؛ لأنها البينونة العليا في حقها، كالثلاث في الحرة.

* قوله: (وهذا مثلُ قولِه: أنتِ بائنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلةٌ، وحرامٌ، وحَبْلُك علىٰ غارِبِك، والْحَقي بأهلك، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووهبتُك لأهلك، وسرَّحتُك، وفارقتُك، وأنتِ حرَّةٌ، وتقنَّعي، وتخمَّري، واستَتِري، واغربُي، واعزُبي، وابتغِي الأزواجَ).

. . . .

لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاقَ وغيرَه، فلا بدَّ من النية.

ـ فقوله: أنتِ بائنٌ: يحتمل البينونة من النكاح، ويحتمل من الدِّيْن.

ـ وقوله: وبتَّةٌ: البتُّ: هو القطع، فيحتمل القطعَ من النكاح، وعن المروءة والخير.

ـ وبَتْلةٌ: بمنزلة: بتَّةٌ.

ـ وقوله: حرامٌ: يحتمل الطلاقَ واليمين.

ـ وحَبْلُك علىٰ غارِبك: يحتمل لأنك قد بِنْتِ مني، ويحتمل أنك لا تطيعيني.

ـ والْحقي بأهلك: يحتمل لأني طلَّقتُك، ويحتمل الزيارة لأهلها.

ـ وخليةٌ: يحتمل من النكاح، ومن الخير، ومن الشُّغْل.

ـ وبرِيَّةٌ: يحتمل من النكاح، ومن الدِّين.

ـ وقوله: ووهبتُك لأهلك، سواء قبلوها أو لم يقبلوها: يحتمل وهبتك لهم؛ لأنك قد بِنْتِ مني، ويحتمل هبةَ العين.

ـ وعن أبي حنيفة: إذا قال: وهبتُك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج: فهو طلاقٌ إذا نوىٰ؛ لأنها تُردُّ بالطلاق علىٰ هؤلاء، ويَملكها الأزواج بعد الطلاق.

ـ وإذا قال: وهبتُك لأخيك أو لعَمِّك أو لخالك أو لفلان الأجنبي: لم

. . . .

يكن طلاقاً؛ لأنها لا تُردُّ بالطلاق علىٰ هؤلاء.

ـ وقوله: وسرَّحتُك، وفارقتُك: هما كنايتان عندنا؛ لأنهما يُستعملان في الطلاق وغيرِه.

يقال: سرَّحتُ إبلي، وفارقتُ صديقي، فقوله: سرَّحتك: يحتمل بالطلاق، ويحتمل في حوائجي.

وفارقتُك: يحتمل الطلاقَ، ويحتمل ببدني.

ـ وقوله: وأنت حرةٌ: يفيد التحريمَ، ويحتمل كونها حرة.

ـ وقوله: وتقنَّعي: يحتمل لأنك مطلَّقةٌ، ويحتمل سترَ العورة.

ـ ومثله: واستَتِري.

ـ وقوله: واغربُي: يحتمل لأنك قد بِنْتِ مني، ويحتمل أنك لا تطيعيني.

ـ ومثله: اعزُبي: بالعين المهملة، والزاي: ومعناه غِيْبي وابعُدي، ومنه: قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا يَعْزُبُ عَن رَّبِّكَ مِن مِّثْقَالِ ذَرَّةٍ﴾. يونس/٦١، والعُزوب: البُعد والذهاب.

ـ وقوله: وابتغِي الأزواجَ: يحتمل لأني طلقتُك، ويحتمل إبعادَها منه.

* ومن الكنايات أيضاً: اخرُجي، واذهبي، وقُومِي، وتزوجي، وانطلقي، وانتقلي، ولا نكاحَ بيني وبينك، ولا سبيلَ لي عليك، ولا نكاح لي عليك.

. . . .

ـ فإن أراد به الطلاقَ: كان طلاقاً، وإلا: فلا.

ـ ولو قال: أنا بريءٌ من نكاحك وقع الطلاق إذا نواه.

ـ وإن قال: أنا بريءٌ من طلاقك: لا يقع شيء؛ لأن البراءة من الشيء: تَرْكٌ له، وإعراضٌ عنه، والمُعرِض عن الطلاق: لا يكون مطلِّقاً، والمُعرِض عن النكاح: يكون مطلِّقاً. كذا في «الواقعات».

ـ ولو قال: خذي طلاقَك، فقالت: قد أخذتُه: طَلُقت.

ـ ولو قال لها: طلَّقك اللهُ، أو قال لأمته: أعتقك اللهُ: وقع الطلاق والعَتاق، نوىٰ أو لم ينو.

ـ ولو قال: جميعُ نساء الدنيا طوالقٌ: تطلق امرأته، ولا يصدَّق في القضاء أنه لم ينوها.

ـ وإن قال: عبيدُ أهل الدنيا أحرارٌ:

قال أبو يوسف: لا يَعتق عبدُه، وقال محمد: يعتق.

ـ ولو قال: أولاد آدم كلهم أحرارٌ: لا يعتق عبدُه، إجماعاً. كذا في «الواقعات».

ـ ولو قال: لستِ لي بامرأةٍ، أو قال: ما أنتِ لي بامرأةٍ: كان طلاقاً عند أبي حنيفة.

ـ وكذا: ما أنا بزوجك.

فإن لم تكن له نيةُ الطلاق : لم يقع بهذه الألفاظِ طلاقٌ، إلا أن يكونا في مذاكرةِ الطلاق : فيقعُ بها الطلاقُ في القضاء، ولا يقعُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إلا أن ينويَ به الطلاق.

ـ أو سئل هل لك امرأة؟ فقال: لا: فإنه إن نوىٰ الطلاقَ: كان طلاقاً عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون شيءٌ من ذلك طلاقاً، نوىٰ أو لم ينو؛ لأن نفيَ الزوجية كذبٌ، فلا يقع به شيءٌ، كقوله: لم أتزوجْك.

ـ وقد اتفقوا جميعاً علىٰ أنه لو قال: والله ما أنتِ لي بامرأة، أو لستِ والله لي بامرأةٍ: أنه لا يقع به شيءٌ وإن نوىٰ؛ لأن اليمين علىٰ النفي يتناول الماضي، وهو كاذبٌ فيه، فلا يقع شيءٌ.

ولأنه لما أكَّد النفيَ باليمين: صار ذلك إخباراً، لا إيقاعاً؛ لأن اليمين لا يُؤكَّد بها إلا الخبر، والخبرُ لا يقع به الطلاق، ألا ترىٰ أنه لو قال: كنت طلقتُك أمس: لم يقع بذلك شيءٌ إذا لم يكن طلَّقها أمس. كذا في «شرحه».

ـ ولو قال: لا حاجةَ لي فيكِ: ينوي الطلاقَ: فليس بطلاق.

ـ ولو قال: افلَحِي، أو فسختُ النكاح بيني وبينك: ينوي الطلاقَ: كان طلاقاً.

* قوله: (**فإن لم تكن له نيةٌ: لم يقع بهذه الألفاظ طلاقٌ، إلا أن يكونا في مذاكرة الطلاق**)، وهو أن تطالبَه بالطلاق، أو تطالبه بطلاقِ غيرها.

* قوله: (**فيقعُ بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إلا أن ينويَه**).

وإن لم يكونا في مذاكرةِ الطلاقِ، وكانا في غضبٍ، أو خصومةٍ: وَقَعَ الطلاقُ بكل لفظٍ لا يُقصَد به السَّبُّ، والشتيمةُ، ولم يقع بما يُقصَد به السبُّ والشتيمة، إلا أن ينويَه.

ـ أما إذا كانا في مذاكرة الطلاق: فإنه يقع بكل لفظةٍ تدل علىٰ الفرقة، كقوله: أنتِ حرامٌ، وأمرُك بيدك، واختاري، واعتدِّي، وأنتِ خليةٌ، وبريةٌ، وبائنٌ؛ لأن هذه الألفاظَ لما خرجت جواباً لسؤالها الطلاقَ: كان ذلك طلاقاً في الظاهر.

وإنما لم يقع فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه يحتمل أن يكون جواباً لها، ويَحتمل أن يكون ابتداءً، فلا يقع إلا بالنية.

* قوله: (وإن لم يكونا في مذاكرة الطلاق، وكانا في غضبٍ، أو خصومة: وقع الطلاق بكل لفظةٍ لا يُقصد بها السبُّ والشتيمةُ).

مثل: اعتدِّي، اختاري، أمرُكِ بيدكِ؛ لأن هذه الألفاظَ لا تصلح للشتيمة، بل تحتمل الفُرقة، وحال الغضب: حال الفرقة، فالظاهر من كلامه الفرقة.

* فحاصله أن الكنايات ثلاثةُ أقسام: كناياتٌ، ومدلولاتٌ، وتفويضات.

ـ **فالكنايات**: أنتِ حرامٌ، وبائنٌ، وبتَّةٌ، وبَتْلةٌ، وخليةٌ، وبريةٌ، واعتدِّي، واستبرئي رَحِمك.

ـ فإن تكلم بها في مذاكرة الطلاق، وقال: لم أُرِد به الطلاقَ: لم يصدَّق.

. . . .

ـ وإن تكلم بها في حالة الرضا: إن نوىٰ بها الطلاقَ: وقع، وإلا: فلا، ويُصدَّق أنه لم ينو الطلاق.

ـ وإن تكلَّم بها في حالة الغضب: صُدِّق في خمسة ألفاظ أنه لم يُرِد بها الطلاقَ، وهي: أنتِ حرامٌ، وبائنٌ، وبَتَّةٌ، وخليةٌ، وبرية؛ لأن هذه تصلح للشتيمة، تحتمل بائنٌ من الدِّين، وبَتَّةٌ من المروءة، وخليةٌ من الخير، وبريةٌ من الإسلام، وحرامٌ الاجتماعُ معك، والحال حال الشتيمة، فالظاهر أنه أرادها ولم يُرِد الطلاق.

ـ **والمدلولات**: اذهبي، وقومي، واستتري[١]، وتقنَّعي، واخرجي، والحقي بأهلك، وحَبْلُكِ علىٰ غاربك، ولا نكاحَ بيني وبينك، وأشباه ذلك.

فإن نوىٰ بها الطلاقَ: وقع بائناً، وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ، وإن لم ينو: لا يكون طلاقاً، سواء كانا في حالة الرضا أو الغضب أو مذاكرة الطلاق.

ـ **والتفويضات**: أمرُكِ بيدِكِ، اختاري.

ففي حالة الغضب: لا يُصدَّق في التفويضات، ولا في الكنايات الرجعية، يعني لا يُصدَّق في التفويضات إذا قالت مجيبةً له: اخترتُ نفسي، أو: طلقتُ نفسي.

ـ ثم في قولها: اخترتُ نفسي: يقع طلقةً بائنةً، وفي قولها: طلقت نفسي: واحدةً رجعيةً.

---

(١) وفي نسخ: واستبرئي.

وإذا وَصَفَ الطلاقَ بضَرْبٍ من الزيادة والشدة: كان بائناً، مثلُ أن يقول: أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو: طالقٌ أشدَّ الطلاق، أو: أفحشَ الطلاق، أو: طلاقَ الشيطان، أو: البدعةِ، أو: كالجبل، أو: مِلءَ البيت.

---

* قوله: (وإذا وَصَفَ الطلاقَ بضربٍ من الزيادة والشدة: كان بائناً)؛ لأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ، فإذا وصفه بزيادة: أفاد معنىً ليس في لفظه.

* قوله: (مثل أن يقول: أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو طالقٌ أشدَّ الطلاق، أو أفحشَ الطلاق، أو طلاقَ الشيطان، أو طلاقَ البدعة، أو كالجبل، أو مِلْءَ البيت).

- وكذا: أخبثَ الطلاق، أو أسوأَ الطلاق، أو أنتِ طالقٌ ألبتة.

- وإذا قال: أنت طالقٌ أقبحَ الطلاق ونوىٰ ثلاثاً: فهي ثلاثٌ، وإن نوىٰ واحدةً: فهي واحدةٌ رجعية عند أبي يوسف.

وقال محمد: بائنةٌ.

- وفي «الهداية»(1): إذا قال: أنت طالقٌ أشدَّ الطلاق، أو كألفٍ، أو مِلءَ البيت: فهي واحدةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ ثلاثاً: فيكون ثلاثاً؛ لذكر المصدر.

- وفي «شرحه»: إذا قال: كألفٍ: إن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ، وإن نوىٰ واحدةً: فهي واحدةٌ بائنةٌ، وإن لم تكن له نيةٌ: فواحدةٌ بائنةٌ عندهما.

---

(1) ٢٣٩/١.

. . . .

وقال محمدٌ: هي ثلاثٌ؛ لأنه عددٌ، فيُراد به التشبيه في العدد، كما إذا قال: كعدد الألف.

ـ قال محمدٌ: فإن نوىٰ واحدةً بائنةً: ديَّنتُه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا أُدِينه في القضاء.

ـ وإن قال: واحدةً كألفٍ: فهي واحدةٌ بائنةٌ، إجماعاً.

ـ ولا تكون ثلاثاً وإن نوىٰ؛ لأن الواحدةَ لا تحتمل الثلاث.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ كعدد الألف، أو مثل عدد الألف، أو كعدد ثلاث، أو مثل عدد ثلاث: فهي ثلاثٌ وإن نوىٰ غيرَ ذلك.

ـ قال الخُجَندي: إذا قال: أنتِ طالقٌ مثل الجبل، أو مثل عِظَم الجبل، أو مِلْءَ الكون، أو ملءَ البيت، أو كألفٍ، أو مثل ألفٍ: كان بائناً، في ظاهر الرواية، بالإجماع.

ـ والأصل: أن عند أبي حنيفة متىٰ شبَّه الطلاقَ بشيءٍ: يقع بائناً بأيِّ شيءٍ شبَّهه، صغيراً كان أو كبيراً، سواء ذَكَرَ العِظَم أوْ لا.

وعند أبي يوسف: إن ذكر العِظَم: كان بائناً، وإلا: فلا، سواء كان المشبَّه به صغيراً أو كبيراً، وإن لم يذكر العِظَم: يكون رجعياً.

وعند زفر: إن كان المشبَّه به يوصَف بالشدة والعِظَم: كان بائناً، وإلا: فهو رجعي.

ومحمدٌ: قيل: مع أبي حنيفة، وقيل: مع أبي يوسف.

. . . .

ـ بيانُه: إذا قال: أنت طالقٌ مثل عِظَم رأس الإبرة: كان بائناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: هو رجعيٌّ.

ـ وإن قال: مثل رأس الإبرة، أو مثل حبَّة الخردل: فهو بائنٌ عند أبي حنيفة، ورجعيٌّ عند أبي يوسف وزفر.

ـ وإن قال: مثل الجبل: كان بائناً عند أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف: رجعي.

ـ وإن قال: مثل عِظَم الجبل: كان بائناً، إجماعاً.

ـ فإن نوىٰ بهذه الألفاظ كلها ثلاثاً: كان ثلاثاً، بالإجماع.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ مثل عدد كذا، وأضاف إلىٰ شيءٍ ليس له عدد، كما إذا قال: أنتِ طالقٌ عدد الشمس، أو عدد القمر: فهي واحدةٌ بائنةٌ عند أبي حنيفة، ورجعيةٌ عند أبي يوسف.

ـ ولو قال: كالنجوم: فواحدةٌ عند محمد؛ لأن معناه كالنجوم ضياءً، إلا أن ينويَ العددَ: فيكون ثلاثاً.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ عدد التراب: فهي واحدةٌ عند أبي يوسف، وثلاثٌ عند محمد.

ـ وإن قال: عددَ الرمل: فهي ثلاثٌ، إجماعاً.

. . . .

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ لا قليل ولا كثير: يقع ثلاثاً، هو المختار؛ لأن القليل واحدةٌ، والكثيرَ ثلاثٌ.

ـ فإذا قال أوَّلاً: لا قليل: فقد قَصَدَ الثلاثَ، ثم لا يَعمل قولُه: ولا كثير: بعد ذلك.

ـ وإن قال: لا كثير ولا قليل: يقع واحدةً علىٰ هذا القياس. كذا في «الواقعات».

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ مراراً: تطلق ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها. كذا في «النهاية».

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ عددَ ما في هذا الحوض من السمك، وليس فيه سمكٌ: يقع واحدةً.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً شديدةً أو قويةً أو عريضةً أو طويلةً: فهي واحدةٌ بائنةٌ.

وعن أبي يوسف: رجعيةٌ؛ لأن هذا الوصف لا يليق بها، فيلغو.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ من ها هنا إلىٰ الشام، أو إلىٰ بلد كذا: كان رجعياً عندنا، وعند زفر: طلقة بائنة.

ـ وإن قال: طلقةً نبيلةً أو جميلةً أو عَدْلةً أو حسنةً: ففي ظاهر الرواية: يقع للحال، سواء كان حالةَ حيضٍ أو طُهْر، ولا يكون للسُّنَّة.

وعن أبي يوسف: للسُّنَّة، ويقع في وقت السُّنَّة.

. . . .

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، أو للعِدَّة، أو طلاق الدِّين، أو طلاق الإسلام، أو طلاق السُّنَّة، أو أحسنَ الطلاق، أو أعدَلَه، أو أخيرَه، أو طلاقَ الحق، أو علىٰ السُّنَّة: فهذا كله للسُّنَّة، إن صادف وقتَ السُّنَّة: وقع، وإلا: فيُنتظر إلىٰ وقت السُّنَّة، يعني أنه يقع إذا كانت المرأة طاهرةً من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملُها.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ علىٰ أني بالخيار: طلُقت، ولا خيار له.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ إلىٰ سَنَةٍ: طلُقت عند مضيِّ السَّنَة عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال زفر: طلُقت في الحال. كذا في «الينابيع».

ـ ولو قال: أنتِ طالقٌ ما لا يجوز عليكِ من الطلاق: طلقت واحدةً، وقوله: ما لا يجوز عليك: باطلٌ.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ علىٰ أنه لا رجعة لي عليك: يلغو، ويملك الرجعة.

وقيل: يقع واحدةً بائنةً.

ـ وإن نوىٰ الثلاثَ: فثلاثٌ.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ، فقيل له بعد ما سكَتَ: كم؟ فقال: ثلاثٌ: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يقع ثلاثٌ.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ كذا، وأشار بالإبهام والسبابة والوسطىٰ: فهي ثلاثٌ؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد.

وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ جُملتها، أو إلىٰ ما يعبَّر به عن الجملة: وقع الطلاقُ، مثلُ أن يقول: أنتِ طالقٌ، أو: رَقَبتُكِ طالقٌ، أو: عُنُقُكِ طالقٌ، أو: روحُكِ طالقٌ، أو: جَسَدُكِ، أو: بدنُكِ، أو: فَرْجُكِ، أو: وجهُكِ.

فإن نوىٰ المضمومتين: لا يُصدَّق في القضاء، ويُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ كذا، وأشار بواحدة: فهي واحدةٌ.

وإن أشار بثنتين: فهما اثنتان.

ـ والإشارة تقع بالمنشورة.

وقيل: إذا أشار بظهورها: فبالمضمومة، يعني إذا جعل ظاهرَ الكف إلىٰ المرأة، وبطونَ الأصابع إلىٰ نفسه: فالمعتبر في الإشارة بعدد ما قَبَضَه من أصابعه، دون ما أرسله.

ـ ولو قالت: له طلِّقني وطلِّقني وطلِّقني، فقال: قد طلقتُك: فهي ثلاثٌ، نوىٰ أو لم ينو؛ لأنها أمرتْه بالثلاث، وهذا يصلح جواباً.

ـ وإن قالت: طلِّقني طلِّقني طلِّقني: بغير واو، فقال: طلَّقتُك: إن نوىٰ واحدةً: فواحدةٌ، وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ.

ـ وإن قالت: طلِّقني ثلاثاً، فقال: أنتِ طالقٌ، أو: فأنت طالقٌ: فهي واحدةٌ.

ـ وإن قال: قد طلقتك: فهي ثلاثٌ. كذا في «الواقعات».

* قوله: (وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ جملتها، أو إلىٰ ما يُعبَّر به عن الجملة: وقع الطلاق، مثل أن يقول: أنت طالقٌ، أو رقبتُك طالقٌ، أو عُنُقُك، أو روحُك، أو جسدُك، أو فرجُك، أو وجهُك).

وكذلك إن طلَّق جزءاً شائعاً منها، مثلُ أن يقول : نصفُكِ، أو : ثلثُكِ طالقٌ.

وإن قال : يدُكِ، أو : رِجْلُكِ طالقٌ : لم يقع الطلاق.

لأن كل واحدة من هذه الأشياء يُعبَّر به عن الجملة.

ـ ولهذا ينعقد البيع بالإضافة إليها، مثل أن يقول: بعتُكَ رقبةَ هذه الجارية، أو جسدَها، أو فَرْجَها، فكذا في الطلاق.

ـ وكذا إذا قال: نفسُك طالقٌ، أو بَدَنُك.

ـ وكذا الدم، في رواية، إذا قال: دمُك طالقٌ: فيه روايتان: الصحيحة منهما: يقع؛ لأن الدم يُعبَّر به عن الجملة، يقال: ذهب دمُه هَدَراً.

ـ وإذا قال: الرأسُ منك طالقٌ، أو الوجهُ منكِ طالقٌ، أو وَضَعَ يدَه علىٰ رأسها أو وجهها، وقال: هذا العضوُ طالقٌ: لا يقع الطلاق؛ لأنه لم يُضفه إليها.

ـ وكذا العتاق: مثل الطلاق.

* قوله: (وكذا إن طلق جزءاً شائعاً منها، مثل أن يقول: نصفُك طالقٌ، أو ثلثك)، أو ربُعُك، أو سُدُسُك، أو عُشْرُك.

ـ وإن قال: أنتِ نصفُ طالقٍ: طلُقت، كما إذا قال: نصفُك طالقٌ.

* قوله: (وإن قال: يدُك طالقٌ، أو رِجلُك طالقٌ: لا يقع الطلاق).

ـ وكذا إذا قال: ثديُكِ طالقٌ.

. . . .

وقال زفر والشافعي[١]: يقع.

ـ وكذا اللسان والأنف والأُذُن والساق والفخذ: علىٰ هذا الخلاف.

ـ فإن قيل: اليدُ بمنزلة الرأس يعبَّر بها عن الجميع، قال عليه الصلاة والسلام: «علىٰ اليد ما أَخَذَت حتىٰ تَرُدَّ»[٢].

قيل: أراد باليد: صاحبَها.

ـ وعندنا: إذا قال الزوجُ: أردتُ صاحبتَها: طلُقت.

ولأنه يجوز أن تكون اليد هناك عبارةٌ عن الكلِّ مقروناً بالأخذ؛ لأن الأخذ باليد يكون، ولا يكون كذلك مقروناً بالطلاق.

وجه قول زفر: أنه جزءٌ مستَمتَعٌ به بعقد النكاح، فيكون محلاًّ للطلاق، ثم يسري إلىٰ الكل، كما في الجزء الشائع.

ـ بخلاف ما إذا أُضيف إليه النكاح، فإنه لا يجوز، إجماعاً؛ لأن التعدي ممتنعٌ، إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحِلَّ في هذا الجزء، وفي الطلاق الأمر علىٰ العكس.

ولنا: أنه أضاف الطلاق إلىٰ غير محله، فيلغو، كما إذا أضافه إلىٰ رِيقها، أو ظفرها.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٩١.

(٢) سنن أبي داود (٣٥٦١)، سنن الترمذي (١٢٦٦)، وقال: حديث حسن، وينظر البدر المنير ١٧/٢٨١، ونقل عن ابن طاهر أن إسناده متصل صحيح.

وإن طلَّقها نصفَ تطليقة، أو ثلثَ تطليقة : كانت تطليقةً واحدةً.

وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأن الطلاق ينبئ عن رفع القيد، ولا قيدَ في اليد، يعني بطريق الأصالة، حتىٰ لا تصحُّ إضافة النكاح إليها، إجماعاً.

وإنما مُلكت بملك النكاح تبعاً، لا أصالةً، ومعناه: أنه لا يصح إضافة النكاح إلىٰ اليد والرِّجل، بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محلٌّ للنكاح عندنا، حتىٰ تصحُّ إضافتُه إليه، فكذا يكون محلاًّ للطلاق.

ـ وفي «الفتاوىٰ»: إذا أضاف النكاحَ إلىٰ نصف المرأة: فيه روايتان: الصحيحة منهما: أنه لا يصح.

ـ وإن قال: دُبُرُك طالقٌ: لا تطلق.

ـ وكذا في المملوكة: لا تَعتق؛ لأنه لا يُعبَّر به عن جميع البدن.

ـ واختلفوا في الظهر والبطن: والأظهر أنه لا يقع؛ لأنه لا يُعبَّر بهما عن جميع البدن.

ـ وإن قال: شعرُك طالقٌ أو ظفرك أو رِيقك أو دَمْعُك أو عَرَقُك: لم تطلق، بالإجماع؛ لأنه لا يصح إضافة النكاح إليه.

* قوله: (وإن طلَّقها نصفَ تطليقةٍ، أو ثلثَ تطليقةٍ: كانت تطليقةً واحدةً)؛ لأن الطلاق لا يتجزَّأ.

ـ وعلىٰ هذا إذا قال: أنتِ طالقٌ طلقةً وربُعاً، أو طلقةً ونصفاً: طلقت اثنتين.

. . . .

ـ وإن قال: طلقةً ونصفها: لم يقع إلا واحدةً؛ لأنه أضاف النصف إلىٰ المُوقَعَة، وقد وقعت جملتُها، فلم تقع ثانياً.

وهذا قول بعضهم، والمختار: أنه يقع ثنتان.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ نصفَ طلقةٍ ثُلُثَ طلقة سدس طلقةٍ: طلقت واحدةً.

وإن أثبت الواو: طلقت ثلاثاً؛ لأن العطف غير المعطوف عليه.

ـ ولو كان له أربعُ نسوة، فقال: بينكنَّ تطليقة: طلقت كلٌّ واحدة تطليقةً كاملةً.

ـ وكذا إذا أوقع بينهن اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً: وقع علىٰ كل واحدة تطليقةٌ.

ـ فإن نوىٰ أن تكون كل طلقة بينهن جميعاً: وقع عليهن ثلاثٌ؛ لأنه شدَّد علىٰ نفسه.

ـ وإن قال: بينكن خمسُ تطليقات: طلُقت كل واحدة اثنتين.

ـ وكذا إلىٰ الثمان.

ـ وإن قال: بينكن تسع تطليقات: وقع علىٰ كل واحدة ثلاث.

ـ وإن قال لامرأته: أنت طالقٌ ثلاثةَ أنصاف تطليقتين: طلقت ثلاثاً؛ لأن نصفَ تطليقة: طلقةٌ.

وطلاقُ المُكرَهِ، والسكرانِ: واقعٌ.

ـ فإذا قال: ثلاثةُ أنصاف: كنَّ ثلاثاً.

ـ وإن قال: ثلاثة أنصاف طلقة: قيل: يقع ثنتان؛ لأنها طلقة ونصف، فتتكامل، وقيل: يقع ثلاثٌ؛ لأن نصف كل تطليقة تتكامل في نفسها.

ـ وإن قال: نصفَ طلقة وثلثَ طلقة وربعَ طلقة: يقع ثلاثٌ؛ لأنه أضاف كلَّ جزءٍ إلىٰ طلقةٍ نكِرةٍ، والنكرة إذا أُعيدت: كان الثاني غيرَ الأول.

ـ وإن قال: نصفَ طلقة وثلثَها وسدسها: فهي واحدة؛ لأنه أضاف كل جزءٍ إلىٰ تطليقة معرَّفة بالكناية، والمعرفة إذا أعيدت: كان الثاني هو الأول.

* قوله: (وطلاق المُكرَه والسَّكران: واقعٌ).

أما المكرَه: فطلاقُه واقعٌ عندنا.

وقال الشافعي[1]: لا يقع.

ـ والخلافُ فيما إذا أُكره علىٰ لفظ الطلاق، أما إذا أُكره علىٰ الإقرار به، فأقرَّ به: لا يقع، إجماعاً؛ لأنه لم يقصد به إيقاعَ الطلاق، بل قَصَدَ الإقرارَ، والإقرارُ يحتمل الصدقَ والكذبَ، وقيامُ السيف علىٰ رأسه يدل علىٰ أنه كاذبٌ.

---

(١) كنز الراغبين ٣/٣٣٢.

. . . .

ـ والهازلُ بالطلاق يقع طلاقُه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وهَزْلُهنُّ جِدٌّ: النكاح، والطلاق، والعتاق»[1].

ـ وقوله: والسَّكران: هذا إذا سكِرَ من الخمر والنبيذ، أما من البَنْج والدواء: لا يقع، كالمغمىٰ عليه.

وفي «شاهان»: هذا إذا لم يَعلم أنه بَنْجٌ، أما إذا عَلِمَ: يقع.

وفي «المحيط»: السُّكْر من البنج حرامٌ، وطلاقُه واقعٌ.

ـ وإن ارتدَّ السكران: لا تبِيْن امرأتُه منه؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السُّكْر.

ـ وإن أُكره علىٰ شُرب الخمر، أو شَرِبه عند الضرورة، فسكِرَ، فطلَّق أو أعتق:

قال في «الكرخي»: يقع، وفي «البزدوي»: لا يقع، وهو الصحيح.

ـ وفي «الينابيع»: الطلاق من السكران واقعٌ، سواء شرب الخمر طوعاً، أو كَرهاً، أو مضطراً.

مسألةٌ: عشرة أشياء تصح مع الإكراه:

النكاحُ، والطلاقُ، والعَتاق، والرجعة، والإيلاء، والفيءُ فيه، والظِّهار، واليمينُ، والنذر، والعفو عن القصاص.

---

(١) سنن أبي داود (٢١٩٩)، سنن الترمذي (١١٨٤)، وقال: حسن غريب، وينظر البدر المنير ١٩/٥٣٣.

. . . .

ـ وأما السكران: فجميع تصرفاته نافذةٌ؛ لأنه زال عقلُه بما هو معصية، فلا يُعتبر زواله؛ زجراً له، ولأنه مكلَّفٌ؛ بدلالة أنه يلزمه الحدُّ بالقذف، والقَوَدُ بالقتل.

ولأنه مخاطَبٌ بالشرائع، قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾. النساء/٤٣.

واختار الكرخيُّ والطحاويُّ أن طلاق السكران لا يقع؛ لأنه زائلُ العقل.

قلنا: زال بسببٍ هو معصيةٌ، فجُعل باقياً حُكماً؛ زجراً له.

وقد قالوا: إن الطلاق يقع من الإنسان وإن لم يَقصده، مثل أن يريد أن يقول لامرأته: اسقني، فسَبَقَ لسانُه، فقال: أنتِ طالقٌ: طلقت.

وكذا العتاق، في الصحيح.

وروىٰ هشامٌ عن محمد: أنه إذا أراد أن يقول لعبده: اسقني، فقال: أنتَ حرٌّ: لا يعتق، بخلاف الطلاق.

والصحيح أنه يقع فيهما.

* قوله: (ويقع الطلاقُ إذا قال: نويتُ به الطلاقَ[1]).

يعني المكره والسكران؛ لأن الإكراه والسُّكْرَ لا يؤثِّران في الطلاق،

---

(١) سيأتي في كلام المصنف ما يبيِّن أن هذه الجملة مثبتةٌ في نُسَخٍ من القدوري، دون نسخ، وسيناقش ذلك.

. . . .

فإذا أخبر أنه كان قاصداً لذلك: فقد أكَّده، فوقع.

وهذا اختيار الكرخي والطحاوي.

ويحتمل أن الشيخ ترجَّح قولُهما عنده.

ـ فإذا أفاق السكرانُ، وأقرَّ علىٰ نفسه أنه نوىٰ الطلاقَ: صُدِّق عند الكرخي والطحاوي، ويقع الطلاق حينئذ، بالإجماع.

وقال عامة أصحابنا: إن صريح الطلاق من السكران من الخمر والنبيذ يوقِعُ الطلاقَ من غير نية.

ـ فعلىٰ هذا القول: يحتمل أن يكون قوله: (ويقع الطلاق إذا قال: نويت به الطلاق): وقع سهواً من الكاتب.

وفي بعض النُّسَخ: (ويقع الطلاق بالكنايات إذا قال: نويتُ به الطلاق): وهو صوابٌ؛ لأن الكنايات هي التي تفتقرُ إلىٰ النية.

وفي بعض النُّسَخ: (ويقع الطلاق بالكتاب)[1].

ـ فإن كان كذا: فالمراد به: إذا كَتَبَ طلاقَ امرأته كتاباً مستبيناً علىٰ لوحٍ أو حائطٍ أو رملٍ أو ورقِ الأشجار أو غير ذلك، وهو مستبينٌ: إن نوىٰ الطلاق: وقع، وإن لم ينوِ: لا يقع.

وقيل: المستبين: كالصريح.

---

(١) جاء في نسخة القدوري ٦١١هـ: «وطلاق المكره والسكران واقعٌ بالكتاب».

ويقع طلاقُ الأخرس بالإشارة.

وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ النكاح: وَقَعَ عَقِيبَ النكاح، مثلُ أن يقولَ: إن تزوجتُكِ فأنتِ طالقٌ، أو يقولَ: كلُّ امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ.

ـ وأما إذا كان لا يستبين، بأن كتب في الهواء، أو علىٰ الماء، أو علىٰ الحديد، أو علىٰ صخرةٍ صمَّاء: لا يقع، نوىٰ أو لم ينو، بالإجماع.

ـ وأما إذا كَتَبَ علىٰ وجه الكتابة والرسالة والخطاب، مثلُ أن يكتب: يا فلانة إذا أتاك كتابي هذا فأنتِ طالقٌ: فإنها تطلق بوصول الكتاب إليها، ولا يُصدَّق أنه لم ينو الطلاقَ.

* قوله: (ويقع طلاقُ الأخرسِ بالإشارة).

هذا علىٰ وجهين: إن كانت الإشارةُ يُعرَف بها كلامُه: وقع، وإن كانت لا يُعرف بها كلامُه: لا يقع؛ لأنا تيقَّنا بقاءَ نكاحه، وشكَكْنا في زواله، ولا يزولُ بالشك.

ـ ثم طلاقُه المفهومُ بالإشارة إذا كان دون الثلاث: فهو رجعي.

* قوله: (وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ النكاح: وقع عَقِيبَ النكاح، مثل أن يقول لأجنبيةٍ: إن تزوجتُك فأنتِ طالقٌ، أو كلُّ امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ).

فإنه إذا تزوجها: طلُقت عندنا، ثم إذا طلُقت: وجب لها نصف الصداق، وإن دخل بها: وجب لها مهرُ مثلِها، ولا يجب الحد.

ـ ثم إذا تزوَّجها مرةً أخرىٰ: لا تطلق؛ لأن لفظ: إنْ: لا توجِبُ التكرارَ.

وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ شَرْطٍ: وَقَعَ عَقِيبَ الشرط، مثلُ أن يقول لامرأته: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ.

ـ وأما لفظ: كلُّ: فإنها تُكرِّر الأسماءَ، ولا تُكرِّر الأفعالَ، حتىٰ لو تزوج امرأةً أخرىٰ: طلقت.

ـ قال الإمام ظهير الدين: إنما يقع الطلاق في قوله: إن تزوجتك فأنت طالق: إذا كان وقت التعليق وهي غير مطلَّقة بالثلاث، أما إذا طلقها ثلاثاً، ثم قال لها: إن تزوجتُك فأنتِ طالق، ثم تزوجها بعد زوجٍ آخر: لم تطلق.

قال في «المنتقىٰ»: رجلٌ قال: إن تزوجتُ امرأةً فهي طالقٌ، وكلما حلَّت: حرمت، فتزوجها، فبانت بثلاث، ثم تزوجها بعد زوجٍ: فإنه يجوز.

ـ فإن عنىٰ بقوله: كلما حلَّت حرمت: الطلاقَ: فليس بشيء، وإن لم يُرد به طلاقاً: فهو يمينٌ.

* قوله: (وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ شرطٍ: وقع عَقِيب الشرط، مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدارَ فأنتِ طالقٌ).

هذا بالاتفاق؛ لأن الملك قائمٌ في الحال، والظاهر بقاؤه إلىٰ وقت الشرط، ولأنه إذا علَّقه بالشرط: صار عند وجود الشرط كالمتكلِّم بالطلاق في ذلك الوقت، فإذا وُجد الشرطُ والمرأةُ في ملكه: وقع الطلاق، كأنه قال لها في ذلك الوقت: أنتِ طالقٌ.

وإن كانت خرجت من ملكه بعد هذا القول، ثم وُجد الشرطُ، وهي في غير ملكه: لم تطلق، وانحلَّت اليمين؛ لِمَا بيَّنَّا أنه يصير عند وجود

ولا يصحُّ إضافة الطلاقِ إلا أن يكون الحالفُ مالكاً، أو يُضيفَه إلىٰ مِلْكه.

الشرط كالمتكلِّم بالطلاق.

ـ ولو قال لها وقد خرجت من ملكه: أنت طالق: لم تطلق.

حاصله: إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ، ثم أبانها، وانقضت عدتها، ودخلت الدار: انحلَّت اليمينُ؛ لوجود الشرط، ولم يقع عليها طلاقٌ؛ لأن المعلَّق عند وجود الشرط: كالمتكلِّم بالجواب في ذلك الوقت من طريق الحكم.

ـ فإن قيل: أليس إذا قال الصحيحُ لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ، ثم جُنَّ، فدخلت: فإنها تطلق، وإن كان لو ابتدأه: لم يقع؟

قلنا: إنما اعتبرنا الوقوعَ حكماً، والمجنونُ إنما يقع طلاقه من طريق الحكم، ألا ترىٰ أن العنِّين إذا أُجِّل، فمضت المدةُ وقد جُنَّ: فإن القاضي يُفرِّق بينهما، ويكون ذلك طلاقاً، في الصحيح.

ـ ولو قال المجنونُ لامرأته: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، فدخلت وهو صحيحٌ: لم تطلق؛ لِمَا قلنا، ولو قال ذلك الصحيحُ، فدخلت وهو مجنونٌ: طلقت.

* قوله: (ولا يصح إضافةُ الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً، أو يُضيفَه إلىٰ ملكه.

وإن قال لأجنبية : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم تزوجها، فدخلتِ الدارَ : لم تَطْلُقْ.

وألفاظُ الشرط : إن، و : إذا، و : إذا ما، و : كلٌّ، و : كلَّما، و : متىٰ، و : متىٰ ما.

فإن قال لأجنبيةٍ: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم تزوَّجها، فدخلتِ الدارَ: لم تَطلُق)؛ لأنه لم يوقعِ الطلاقَ في نكاحٍ، ولا أضافه إلىٰ نكاحٍ.

* قوله: (وألفاظُ الشرط: إن، و: إذا، و: إذا ما، و: كل، و: كلما، و: متىٰ، و: متىٰ ما).

ـ إنما قال: وألفاظ الشرط، ولم يقل: وحروف الشرط؛ لأن بعضها أسماء، وبعضها حروفٌ، فالأسماء مثل: كل، وإذا، ولهذا يَدخلهما التنوين، فيقال: كلٌّ، وإذاً، والتنوين علامةُ الاسمية.

ـ وكذا: متىٰ: اسمٌ للوقت المبهم.

والألفاظ تتناول الحروفَ والأسماء؛ لأن كل واحدٍ منهما لفظٌ، فلهذا قال: وألفاظ: ليشمل الحروفَ والأسماء.

ـ وإنما بدأ بـ: إن: لأنها صِرْفٌ للشرط، ليس فيها معنىٰ الوقت، وما وراءها ملحَقٌ بها.

ـ وإذاً: تصلح للوقت والشرط، فيُجازىٰ بها تارةً، ولا يجازىٰ بها تارةً.

ففي كل هذه الشروط إذا وُجِدَ الشرطُ في ملكه : انحلَّت اليمينُ، ووقع الطلاقُ، إلا في : كلَّما : فإن الطلاق يتكرَّرُ بتكرار الشرط حتىٰ تقع ثلاثُ تطليقات.

- ومتىٰ: اسمٌ للوقت المبهَم، ولزم في باب المجازاة، مثل: إن، لكن مع قيام الوقت.

- وكل: للإحاطة علىٰ سبيل الإفراد، وهي تعمَّ الأسماءَ؛ لأنها تُلازمها، فإذا وُصلت بـ: ما: أوجبتْ عمومَ الأفعال.

- وإنما جُعلت هذه شروطاً؛ لأن الأفعال تليها، والشرطُ إنما جُعل شرطاً للفعل، ولهذا قالوا: إنَّ كلمة: كل: ليست بشرطٍ علىٰ الحقيقة؛ لأن الذي يليها الاسمُ، دون الفعل، إلا أنها جُعلت في معنىٰ الشرط؛ لأن الأفعال المذكورةَ بعدها تعود علىٰ الأسماء التي وقعت عليها: كل، فيكون ذلك الفعل بمعنىٰ الشرط، مثل: كلُّ عبدٍ اشتريتُه فهو حرٌّ.

* قوله: (وكلُّ هذه الشروطِ إذا وُجدت: انحلَّت اليمين): أي انتهت؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار، فبوجود الفعل مرةً: يتمُّ الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه، (ووقع الطلاقُ).

* قوله: (إلا في: كلَّما: فإن الطلاقَ يتكرَّر بتكرار الشرط، حتىٰ تقع ثلاثُ تطليقات)؛ لأن: كلَّما: تقتضي تعميم الأفعال.

قال الله تعالىٰ: ﴿ كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا ﴾. النساء/٥٦.

و: ﴿ كُلَّمَآ أَرَادُوٓاْ أَن يَخْرُجُواْ مِنْهَآ أُعِيدُواْ فِيهَا ﴾. السجدة/٢٠، فكرَّرت النضجَ، وإرادةَ الخروج، وذلك أفعال.

فإن تزوجها بعد ذلك، وتكرر الشرطُ: لم يقع شيءٌ.

وزوالُ الملك بعد اليمين: لا يُبْطِلها.................

---

* قوله: (فإن تزوجها بعد ذلك، وتكرَّر الشرطُ: لم يقع شيءٌ).

أي فإن تزوجها بعد زوجٍ آخر، وتكرَّر الشرطُ: لم يقع شيءٌ عندنا.

وقال زفر: تطلق.

لنا: أن الملك قد انقضىٰ، والتطليقات التي استأنفها في الثاني لم تكن في ملكه حالةَ اليمين، ولا شيءَ منها، ولا كانت مضافةً إلىٰ ملكه، فلم يقع شيءٌ.

ـ واعلم أن: كلَّما: إذا دخلت علىٰ نفس التزويج، بأن قال: كلما تزوجت امرأةً فهي طالقٌ: يحنث بكل امرأة تزوجها وإن كان بعد زوجٍ آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزويج، وذلك غيرُ محصور.

بيانُه: إذا قال: كلَّما تزوجتُك فأنتِ طالق ثلاثاً: طلقت كلما تزوجها أبداً؛ لأنها تكرار الفعل، وقد أضاف الطلاق إلىٰ تزوجها، فمتىٰ وُجد الشرط: وقع الطلاق.

ولا يُشبه ذلك قولَه: كلَّما دخلتِ الدار، وكلَّما كلمتِ فلاناً: فإن الطلاق يتكرر عليها ما دامت في ملكه في ذلك النكاح، فإذا زال طلاق ذلك الملك: لم ينصرف التكرارُ إلىٰ غيره. كذا في «شرحه».

* قوله: (وزوالُ الملك بعد اليمين: لا يُبطلها).

. . . .

صورتُه: أن يقول لها: إن دخلتِ الدارَ فأنت طالقٌ، فطلَّقها، وانقضت عدتُها، ثم تزوجها، ودخلت الدارَ: طلقت؛ لأن اليمين انعقدت وهي في ملكه، وانحلَّت وهي في ملكه.

وهذا معنىٰ قوله: فإن وُجد الشرطُ في ملكه: انحلَّت اليمين، ووقع الطلاق.

ـ وإن كانت دخلتِ الدارَ بعد انقضاء عدتها، ثم تزوَّجها، ودخلت الدارَ: لم تطلق؛ لأن اليمين انحلَّت وهي في غير ملكه.

وهذا معنىٰ قوله: وإن وُجد في غير ملكه: انحلَّت اليمين، ولم يقع شيءٌ.

ـ وكان شيخنا موفق الدين رحمه الله يقول في معنىٰ قوله: وزوال الملك بعد اليمين لا يُبطلها: يعني زوالَ حِلِّ المَحلِّية، لا زوالَ الحِلِّ، حتىٰ لو طلقها ثلاثاً بعد التعليق، وتزوجها بعد زوج، ودخلت: لا يقع شيءٌ؛ لأنه إذا وُجد الشرطُ في ملكه: انحلَّت اليمين، ووقع الطلاق؛ لأنه وُجد الشرطُ، والمحلُّ قابلٌ.

وإن وُجد في غير الملك: انحلَّت اليمينُ؛ لوجود الشرط، ولم يقع شيءٌ؛ لانعدام المحلية.

ـ وإن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فطلَّقها اثنتين، وتزوجتْ غيرَه، ثم عادت إليه، ودخلت الدارَ: طلقت ثلاثاً عندهما.

. . . .

وقال محمدٌ: تطلق ما بقي، وهو قول زفر.

وأصله: أن الثاني يهدِم ما دون الثلاث عندهما، فتعود إليه بالثلاث.

وعند محمد وزفر: لا يهدِم، فتعود بما بقي.

ـ وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ ثلاثاً، ثم طلقها ثلاثاً، فتزوجت غيرَه، ثم رجعت إليه، ودخلت الدارَ: لم يقع شيءٌ. كذا في «الهداية»[1].

ـ وإن قال: أنت طالقٌ أنْ دخلت الدار: بفتح: أن: طلقت في الحال؛ لأن: أن: المفتوحة: ليست بشرط؛ لأنها تتناول الماضي، فكأنه قال: أنت طالق؛ لأنك دخلت الدار.

ـ وكذا إذا قال: إذا دخلت الدار: يقع في الحال أيضاً؛ لأنه يفيد الماضي، وحروفُ الشرط: ما وقع على المستقبل.

ـ ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالقٌ: طلقت في الحال، في القضاء.

ـ فإن قال: أردتُ أنها طالقٌ بالدخول: دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ وإن دخلت الدار: طلقت في الحال، في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن معناه: أنت طالقٌ دخلت الدارَ أو لم تدخلي.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ الساعةَ وإن دخلت الدار: كانت طالقاً الساعةَ

---

(1) ٢٥١/١.

فإن وُجد الشرطُ في ملكه: انحلَّت اليمينُ، ووقَعَ الطلاقُ، وإن وُجد في غير ملكه: انحلَّت اليمينُ، ولم يقع شيءٌ.

وإذا اختلفا في وجود الشرط: فالقولُ قولُ الزوج فيه، إلا أن تُقيم المرأةُ البينةَ.

واحدةً، وإن دخلت الدارَ: أخرىٰ.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ لو دخلت الدارَ: لم تطلق، وهو بمنزلة: قوله: إن دخلت الدار؛ لأنه جعل طلاقَها معلَّقاً بدخول الدار لو وُجد، ولم يوجد.

ـ وكذلك إذا قال: أنت طالقٌ لولا دخولك الدار: لم تطلق أيضاً.

ـ وكذا إذا قال: أنت طالقٌ لا دخلتِ الدارَ: لا يقع شيءٌ حتىٰ تدخل.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ دخلت الدار: طلقت الساعةَ.

* قوله: (فإن وُجد الشرط وهي في ملكه: انحلَّت اليمين، ووقع الطلاق)؛ لأنه وُجد الشرط، والمحلُّ قابلٌ للجزاء، فيَنزلُ الجزاءُ، ولا تبقىٰ اليمين.

* قوله: (وإن وُجد في غير ملكه: انحلَّت اليمين)؛ لوجود الشرط، (ولم يقع شيءٌ)؛ لانعدام المحلية.

مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ، ثم طلقها قبل دخول الدار، فدخلت بعد الطلاق، وانقضاءِ العدة، ثم يستأنف العقدَ عليها، وتدخل: لا يقع شيءٌ؛ لانحلال اليمين.

* قوله: (وإذا اختلفا في وجود الشرط: فالقولُ قولُ الزوج فيه، إلا أن تقيمَ المرأةُ البينةَ)؛ لأن الأصلَ بقاءُ النكاح، وهي تدَّعي عليه زوالَه

فإن كان الشرطُ لا يُعلَم إلا من جهتها : فالقولُ قولُها في حق نفسها، مثلُ أن يقول : إن حِضْتِ : فأنتِ طالقٌ، فقالت : قد حِضْتُ : طلقت.

وإذا قال لها : إن حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وفلانةٌ معك، فقالت : قد حِضْتُ : طلقت هي، ولم تطلق فلانةٌ.

بالحنث في شرطٍ يجوز أن يطَّلع عليه غيرُها، فلا يُقبل قولها إلا ببينة.

* قوله: (فإن كان الشرطُ لا يُعلَم إلا من جهتها: فالقول قولها في حق نفسها، مثل أن يقول: إن حِضْتِ فأنت طالقٌ، فقالت: قد حِضْتُ: طلقت)؛ لأنها أمينةٌ في حقٍّ نفسها، إذ لا يُعلم ذلك إلا من جهتها.

ـ قال في «الذخيرة»: إنما يُقبل قولُها في الحيض إذا أخبرت، وشَرْطُ وقوعِ الطلاق باقٍ، أما إذا أخبرت بعد فواته: لا يُقبل، حتىٰ لو قالت: حِضْتُ، وطهرتُ: لا يُقبل.

ـ وإذا قال: إذا حِضْتِ حيضةً فأنت طالقٌ، فقالت: حِضتُ: يُقبل قولها ما لم تر حيضةً أخرىٰ؛ لأن شرط الطلاق وجودُ الطهر، فيُقبل قولها ما بقيَ الطهرُ، حتىٰ لو قالت: حِضتُ وطهرت، ثم الآن أنا حائضٌ، أو طهرتُ منها، أي في الثانية: لا يُقبل قولُها.

* قوله: (وإن قال لها: إن حِضْتِ فأنت طالقٌ وفلانةٌ معك، فقالت: حِضْتُ: طلقت هي، ولم تطلق فلانةٌ).

لأنها شاهدةٌ في حقٍّ ضَرَّتِها، وهي متَّهمةٌ، فلا يُقبل قولُها في حق ضَرَّتها.

. . . .

ـ وهذا إذا كذَّبها: فإنه يقع عليها خاصةً، أما إذا صدَّقها: وقع عليهما جميعاً.

ـ وهذا أيضاً إذا لم يُعلم وجودُ الحيض منها، أما إذا عُلم: طلقت فلانةٌ أيضاً.

ـ وعلىٰ هذا: كلُّ ما لم يُعلم إلا من جهتها، مثل قوله: إن كنتِ تُحبِّيني، أو تُبغضيني فأنت طالقٌ: فالقولُ قولها؛ لأن المحبةَ والبغضَ لا يُعلم إلا من جهتها.

ـ وكذا إذا قال: إن كنتِ تُحبِّين أن يعذبك الله بالنار، أو إن كنت تُبغضين الجنة فأنت طالقٌ، فقالت: أنا أُحب أن يعذبني الله بالنار، أو أُبغض الجنة: فالقولُ قولُها، ويقع عليها الطلاق.

ـ والجواب في هذا: علىٰ المجلس؛ لأنه علَّق الطلاق بلفظها، فوقف علىٰ المجلس، كأنه قال لها: إن قلتِ: أنا أحبُّ أن يعذبني الله بالنار، أو أبغض الجنة.

ـ وإن قال لها: إن كنتِ تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالقٌ، وعبدي حرٌّ، فقالت: أنا أحب ذلك.

أو قال: إن كنت تحبيني فأنت طالقٌ، وهذه معك، فقالت: أنا أحبك: طلقت، ولم يعتق العبد، ولم تطلق صاحبتُها.

. . . .

ـ وإن قال: إذا وَلَدتِ فأنت طالق، فقالت: قد وَلَدتُ: لا تطلق ما لم يصدِّقها، أو يَشهد بولادتها رجلان، أو رجلٌ وامرأتان عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقع الطلاق إذا شهدت القابلةُ.

ـ وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ، أو إن كلَّمتِ فلاناً فأنت طالقٌ، فقالت: دخلتُ، أو كلَّمتُ: لم تطلق ما لم يُصدِّقها، أو يشهد رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، بالاتفاق.

ـ وإن قال لامرأتيه: إذا حِضتُما فأنتما طالقتان، فقالتا جميعاً: حِضنا: إن صدَّقهما: طلقتا جميعاً، وإن كذَّبهما: لم يطلقا.

وإن صدَّق واحدةً، وكذَّب الأخرىٰ: طلقت المكذَّبة، ولم تطلق المصدَّقة؛ لوجود كمال الشرط في المكذَّبة؛ لأن اليمين إذا عُلِّقت بشرطين: لم يحنث بوجود أحدهما، وهنا قد عَلَّق الطلاقَ بحيضهما جميعاً، فإذا قالتا: حِضْنا: فكل واحدة مخبِرةٌ عن نفسها، شاهدةٌ علىٰ غيرها، وهي مصدَّقةٌ علىٰ نفسها، مكذَّبةٌ في حق غيرها.

فإذا صدَّق إحداهما: وُجد الشرطان في حق المكذَّبة، وهو إخبارها عن نفسها أنها حاضت، وتصديقه لصاحبتها بحيضها، فلهذا طلقت.

وأما المصدَّقة: فوُجد فيها أحدُ الشرطين، وهو إخبارُها عن نفسها، ولم يوجد الشرطُ الآخر من جهة صاحبتها؛ لأنه كذَّبها، وهي غير مصدَّقةٍ في حق غيرها، فلهذا لم تَطلُق.

وإذا قال لها: إن حِضْتِ فأنتِ طالقٌ، فرأت الدمَ: لم يقع الطلاقُ حتىٰ يستمرَّ بها الدمُ ثلاثةَ أيام، فإذا تمَّت لها ثلاثةُ أيام: حكَمْنا بوقوع الطلاق من حين حاضت.

وإذا قال لها: إذا حِضْتِ حيضةً فأنتِ طالق: لم تطلق حتىٰ تطهرَ من حيضها.

---

* قوله: (وإذا قال لها: إذا حِضْتِ فأنت طالقٌ، فرأت الدمَ: لم تطلق حتىٰ يستمر ثلاثة أيام)؛ لأن ما ينقطع دونه: لا يكون حيضاً.

* قوله: (فإذا تمَّت ثلاثةُ أيام: حكمنا بالطلاق من حين حاضت).

وفائدته: أن الطلاق بدعيٌّ.

ـ ولو علَّق عِتْقَ عبده بذلك: كان في الثلاث حُكمه حكمَ الأحرار.

ـ ولو خالعها في الثلاث: بطل الخلع؛ لكونها مطلَّقة.

ـ ولو كانت غيرَ مدخولٍ بها، فتزوجت حين رأت الدمَ: صح التزويج.

* قوله: (وإذا قال لها: إذا حِضْتِ حيضةً فأنت طالقٌ: لم تطلق حتىٰ تَطهُر من حيضتها).

لأن الحيضة: بالهاء هي: الكامل منها، وكمالُها: بانتهائها، وذلك بالطهر.

ـ ثم إذا كانت أيامها دون العشرة: لم يحكم بطهارتها بالانقطاع ما لم تغتسل، أو يَمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ كاملٍ؛ لجواز أن يعاوِدها الدم في المدة، فتكون حائضاً.

. . . .

ـ وإن كانت أيامُها عشرة: وقع عليها الطلاق بمضيِّها وإن لم تغتسل.

ـ وقوله: حتىٰ تطهر من حيضتها: فائدتُه: أن الطلاق سُنِّيٌّ.

ـ ولو علَّق عتقَ عبده بذلك: كان في الثلاث حكمُه حكمَ العبيد.

ـ وإن خالعها: صح الخلع؛ لكونها زوجته.

ـ وإن كانت غيرَ مدخولٍ بها، فتزوجت حين رأتِ الدمَ: لم يصح النكاح.

ـ وإن قال: إن حِضْتِ نصفَ حيضة فأنت طالقٌ: لم تطلُق حتىٰ تحيض وتطهُرَ.

ـ وكذا إذا قال: ثلث حيضة، أو سدس حيضة.

ـ وإن قال: إذا حِضتِ نصفَ حيضة فأنت طالقٌ، وإذا حضت نصفها الآخر فأنت طالقٌ: لا يقع شيءٌ ما لم تحض وتطهر، فإذا حاضت وطهرت: وقع طلقتان.

ـ وإن قال لها: أنت طالقٌ في حيضك، أو مع حيضك: فحينما رأتِ الدمَ تطلق بشرط أن يستمرَّ ثلاثاً.

ـ وإن قال: في حيضتك، أو مع حيضتك: فما لم تحض وتطهر: لا تطلق، ولا تَعتَدُّ بتلك الحيضة من العدة.

ـ ولو قال لها وهي حائضٌ: إذا حضتِ فأنت طالقٌ، أو قال وهو مريضٌ: إذا مرضتُ فأنت طالقٌ: فهذا علىٰ حيضٍ مستقبَلٍ، ومرضٍ مستقبَل.

. . . .

ـ فإن قال: عنيتُ ما يحدث من هذا الحيض، أو ما يزيد من هذا المرض: فهو كما نوىٰ ؛ لأن الحيض ذو أجزاء، فيحدث حالاً فحالاً، وكذا المرض.

ـ فإذا نوىٰ جزءاً حادِثاً من ذلك: صُدِّق.

ـ وكذا صاحب الرُّعاف إذا قال: إن رَعَفْتُ فأنت طالقٌ: فهو علىٰ هذا.

ـ وكذا إذا قال للحُبْلىٰ: إذا حبلتِ: فهو علىٰ حَبَلٍ مستقبَلٍ، إلا أنه إذا نوىٰ الحَبَلَ الذي هي فيه: لا يحنث؛ لأنه ليس له أجزاءٌ متعددةٌ، وإنما هو معنىً واحدٌ.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ إذا صمتِ يوماً: طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه.

ـ بخلاف ما إذا قال: إذا صمتُ: فإنها تطلق إذا أصبح صائماً؛ لأنه لم يقدِّره بمعيار، وقد وُجد الصومُ بركنه وشرطه.

ـ ومَن قال لامرأته: إذا ولدتِ غلاماً فأنت طالقٌ واحدةً، وإذا ولدتِ جاريةً فأنت طالقٌ اثنتين، فولدت غلاماً وجاريةً، ولا يدري أيهما أولاً: لزمه في القضاء: طلقةٌ، وفي التنزُّه: اثنتان، وانقضت العدة؛ لأنها إن ولدت الغلامَ أولاً: وقعت الواحدةُ، وتنقضي عدتُها بوضع الجارية، ثم لا يقع شيءٌ آخرُ؛ لأنه حال انقضاء العدة.

وطلاقُ الأمة تطليقتان، وعِدَّتُها حيضتان، حُرَّاً كان زوجُها، أو عبداً.
وطلاقُ الحرة: ثلاثٌ، حُرَّاً كان زوجُها، أو عبداً.

وإن ولدت الجاريةَ أولاً: وقعت طلقتان، وانقضت عدتُها بوضع الغلام، ثم لا يقع شيءٌ آخرُ؛ لأنه حالَ انقضاء العدة.

فإذاً في حالٍ يقع واحدةً، وفي حالٍ اثنتان، فلا تقع الثانيةُ بالشك، والأَوْلىٰ أن يأخذ بالثنتين؛ تنزُّهاً واحتياطاً، والعدةُ منقضيةٌ بيقين.

ـ وإن قال: إذا ولدتِ ولداً فأنت طالقٌ، فولدت ولداً ميتاً: طلقت.

ـ وكذا إذا قال لأمته: إذا ولدتِ ولداً فأنت حرةٌ: فهو كذلك؛ لأن الموجود مولودٌ، فيكون ولداً حقيقةً، ويُعتبر ولداً في الشرع، حتىٰ تنقضي به العدةُ، والدمُ بعده نفاسٌ، وأمُّه أمُّ ولد، فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد.

* قوله: (وطلاقُ الأمة تطليقتان، حراً كان زوجُها أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاثٌ، حراً كان زوجُها أو عبداً).

والأصل في هذا: أن الطلاق والعدة عندنا معتبران بالنساء.

وقال الشافعي[1]: الطلاقُ بالرجال، والعدة بالنساء.

وتفسيره: حرةٌ تحت عبدٍ: طلاقُها ثلاثٌ عندنا، وعنده: ثنتان، وأجمعوا أن عدتها ثلاثُ حِيَض.

ـ أمةٌ تحت حرٍّ: طلاقُها ثنتان عندنا، وعنده: ثلاثٌ، وأجمعوا أن عدتها حيضتان.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٩٤.

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه قبل الدخولِ بها ثلاثاً: وَقَعْنَ عليها.

فإن فرَّق الطلاقَ: بانت بالأُولىٰ، ولم تقع الثانيةُ والثالثة.

ـ وأما إذا كانت الأمة تحت عبدٍ: فطلاقها ثنتان، وعدتُها حيضتان، بالإجماع.

ـ وأجمعوا أن عدة المنكوحة معتبرةٌ بالرجال، فإن كان الرجل حراً: يملك أربعاً من الحرائر والإماء، وإن كان عبداً: يملك اثنتين، حرتين كانتا أو أَمَتَيْن.

* قوله: (وإذا طلَّق امرأتَه قبل الدخول بها ثلاثاً: وقَعْنَ عليها).

لأن قوله: أنت طالقٌ ثلاثاً: كلمةٌ واحدة؛ لأنه لا يقدر أن يتكلم بها إلا علىٰ هذا الوجه؛ لأن قوله: ثلاثاً: تفسيرٌ وصفةٌ، وليس بابتداء إيقاعٍ.

ـ وكذا: أنت طالقٌ بائنٌ؛ لأن الصفة والموصوف كلامٌ واحد.

ـ وكذا: أنت طالقٌ اثنتين.

* قوله: (فإن فرَّق الطلاقَ: بانت بالأُولىٰ، ولم تقع الثانية).

لأنها لما بانت بالأُولىٰ، ولا عدةَ عليها: صادفتها الثانيةُ وهي أجنبيةٌ، فلهذا لم تقع.

ـ وسواء كرَّر لفظَ الطلاق بحرف عطفٍ أو بغير حرف عطف: فإنه تقع الأُولىٰ، دون الثانية إذا لم يدخل علىٰ الكلام شرطٌ.

وهذا مثل قوله: أنت طالقٌ طالقٌ، أو طالقٌ وطالقٌ، أو طالقٌ فطالقٌ،

وإن قال لها : أنتِ طالقٌ واحدةً، وواحدةً : وقعت عليها واحدةٌ.

وإن قال لها : أنتِ طالقٌ واحدةً قبل واحدةٍ : وقعت عليها واحدةٌ.

وإن قال لها : واحدةً بعدها واحدةٌ : وقعت عليها واحدةٌ.

أو طالقٌ ثم طالقٌ، أو أنت طالقٌ أنت طالقٌ؛ لأن كل واحدٍ من هذا إيقاعٌ علىٰ حدة، فيقع الأُول في الحال.

* قوله: (وإن قال لها: أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً: وقعت عليها واحدةٌ)؛ لأنها بانت بالأُولىٰ.

- وإن ماتت قبل قوله: واحدةً: لم يقع عليها شيءٌ؛ لأنه قَرَنَ الوصفَ بالعدد، فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذِكر العدد: فات المحلُّ قبل الإيقاع، فبطل.

- وكذا إذا قال: أنت طالقٌ ثنتين، أو ثلاثاً. كذا في «الهداية»[1].

* قوله: (وإن قال: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ: وقعت واحدةٌ).

- وكذا (إذا قال: واحدةً بعدها واحدةٌ).

- والأصل: أن الملفوظ به أوَّلاً إن كان موقَعاً أوَّلاً: وقعت واحدة، وإن كان الملفوظ أوَّلاً به موقَعاً آخر: وقعت ثنتان.

فإذا ثبت هذا: فقوله: أنت طالقٌ واحدةً قبل واحدة: الملفوظ به أوَّلاً موقَعٌ أوَّلاً، فتقع الأُولىٰ، وتُصادفها الثانية وهي أجنبيةٌ.

---

(١) ١/ ٢٤٠.

وإن قال لها: واحدةً قبلها واحدةٌ: وقعت عليها ثنتان.

وإن قال لها: أنتِ طالقٌ واحدةً بعد واحدةٍ، أو مع واحدةٍ، أو معها واحدةٌ: وقعت ثنتان.

ـ وكذا واحدةً بعدها واحدةٌ: الملفوظ به أولاً موقَعٌ أوَّلاً، فتقع الأُولىٰ، لا غير؛ لأنه أوقع واحدةً، وأخبر أن بعدها أخرىٰ، وقد بانت بهذه.

* قوله: (وإن قال: واحدةً قبلها واحدةٌ: وقعت ثنتان)؛ لأن الملفوظ به أوَّلاً موقَعٌ آخر، فوقعتا معاً؛ لأنه أوقع الواحدةَ، وأخبر أن قبلها واحدةٌ.

* قوله: (وإن قال: واحدةً بعدها واحدةٌ: تقع ثنتان).

ـ وكذا (إذا قال: واحدةً مع واحدةٌ، أو معها واحدةٌ)؛ لأن: مع: للمقارنة، فكأنه فرَّق بينهما، فوقعتا.

ـ وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها؛ لقيام المحلية بعد وقوع الأُولىٰ.

ـ وإن قال لغير المدخول بها: أنت طالقٌ واحدةً وعشرين، أو واحدةً وثلاثين: طلقت ثلاثاً؛ لأن هذه الجملة لا يُعبَّر بها إلا هكذا، فهي جملة واحدةٌ، كقوله: أحد عشر طلقةً.

وقال زفر: تطلق واحدةً؛ لأن العشرين معطوفةٌ علىٰ الواحدة، فيصير كأنه قال: أنت طالق واحدةً وثنتين، فإنها تطلق واحدة، كذا هذا.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف: إذا قال: اثنتين وعشرين، أو اثنتين وثلاثين.

وإن قال لها: إن دخلتِ الدارَ: فأنتِ طالقٌ واحدةً، وواحدةً، فدخلت الدارَ: وقعت عليها واحدةٌ عند أبي حنيفة.

وقالا: تقع ثنتان.

ـ وإن قال: أنت طالق إحدىٰ عشرة، أو اثنتي عشرة: طلقت ثلاثاً، إجماعاً؛ لأنه كلامٌ واحدٌ غير معطوف.

ـ وإن قال: واحدةً وعشراً: وقعت واحدةٌ، إجماعاً؛ لأنه كان يمكنه أن يتكلَّم بها علىٰ غير هذا اللفظ.

ـ وإن قال: واحدةً ونصفاً: وقعت ثنتان في قولهم؛ لأنها جملة واحدة لا يمكن أن يتكلم بها علىٰ غير هذا الوجه.

ـ وإن قال: نصفاً وواحدةً: وقع ثنتان عند أبي يوسف، وعند محمد: واحدة، وهو الصحيح. كذا في «الكرخي».

* قوله: (وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ واحدةً وواحدةً، فدخلت الدار: وقعت واحدةٌ عند أبي حنيفة).

يريد به إذا قدَّم الشرط، (وعندهما: تقع ثنتان).

ـ وأما إذا أخَّر الشرط: تقع ثنتان، إجماعاً.

ـ ثم إذا قدَّم الشرطَ، وكرَّر ثلاثاً: طلقت واحدة عنده، وعندهما: تقع ثلاث.

ـ وإن أخَّر الشرط، وكرَّر الثلاث: طلقت ثلاثاً، إجماعاً.

ـ وإن كانت مدخولة: طلقت ثلاثاً في الوجهين.

وإذا قال لها : أنتِ طالقٌ بمكة : فهي طالقٌ في الحال في كل البلاد .

وكذلك إذا قال لها : أنتِ طالقٌ في الدار .

ـ وكذلك اختلفوا فيمن قال لغير المدخولة: أنت طالقٌ ثم طالق إن دخلت الدار: فإنها تطلق واحدةً في الحال، ويبطل ما بعدها عند أبي حنيفة؛ لأن: ثم: للتراخي، فصار كأنه قال: أنت طالقٌ، وسكت، ثم قال: أنت طالقٌ إن دخلت الدار، بخلاف الواو؛ لأنها للجمع.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تطلق حتىٰ تدخل الدار، فتقع ثنتان.

ـ وإن قال لها: أنت طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ إن دخلت الدار: وقعت الأُولىٰ للحال، وسقط ما بعدها عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يقع عليها شيءٌ حتىٰ تدخل الدار، فتقع ثلاث.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ طالقٌ إن دخلت الدار، وهي غيرُ مدخول بها: وقعت واحدة، ولم يصحَّ التعليق؛ لأنها أجنبيةٌ.

ـ وإن كانت مدخولةً: وقعت واحدةٌ، وتعلَّقت الثانية؛ لكونها في العدة.

* قوله: (وإذا قال لها: أنت طالقٌ في مكة: طلقت في جميع البلاد).

ـ وكذا إذا قال: بمكة، وتطلق في الحال؛ لأن الطلاق لا يختص بمكانٍ دون مكان؛ لأنه وصفٌ لها بالطلاق في مكة، ومتىٰ طلقت فيها: طلقت في كل البلاد.

* قوله: (وكذلك إذا قال: أنت طالقٌ في الدار).

وإن قال لها: أنت طالقٌ إذا دخلتِ مكةَ: لم تطلق حتىٰ تدخلَ مكةَ.

يعني أنها تطلق فيها، وفي غيرها في الحال.

ـ فإن قيل: إذا عُرف عدمُ الاختصاص بمكة: عُرف أيضاً عدمه بالدار، فما فائدة ذِكر الدار؟

قلنا: إنما ذَكَرَ الدارَ؛ لأنه يمكن أن يقال: إنما لم يختص بمكة؛ لأنها أشرف الأماكن، فإذا كانتْ مطلَّقةً فيها: فالأَوْلىٰ أن تكون مطلَّقة في سائر الأماكن، فوَضَعَ المسألةَ في الدار؛ ليُعلم أن عدم الاختصاص بالمكان، لا باعتبار شرف مكة.

ـ وأما إذا قال: أنت طالقٌ في ذهابك إلىٰ مكة: فهو علىٰ الذهاب؛ لأنه أدخل: في: علىٰ فعلٍ، فصار شرطاً.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ في الشمس، وهي في الظل: كانت طالقاً مكانها؛ لأن الشمس ليست بفعل، ويكون معناه: في مكان الشمس، والمطلَّقة في مكان: مطلَّقةٌ في كل مكان.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ في ثلاثة أيام: طلقت حين تكلم؛ لأنه جعل الأيامَ ظرفاً، ولا يمكن أن تكون كلها ظرفاً للإيقاع، فصار الظرف جزءاً منها، وقد وُجد عقيب كلامه.

* قوله: (وإن قال لها: أنت طالقٌ إذا دخلت مكة: لم تطلق حتىٰ تدخل مكة)؛ لأنه علَّقه بشرط الدخول، وهو فعلٌ غير موجود، فلم تطلق دون وجوده.

وإن قال لها: أنتِ طالقٌ غداً: وقع الطلاقُ عليها بطلوع الفجر.

---

* قوله: (وإن قال لها: أنت طالقٌ غداً: وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر).

لأنه وَصَفَها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزءٍ منه.

ـ فإن نوىٰ به آخرَ النهار: صُدِّق ديانةً، لا قضاءً؛ لأنه نوىٰ التخصيص في العموم، وهو يحتمله، ونيةُ التخصيص في العموم صحيحةٌ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، كما إذا قال: لا آكلُ طعاماً، وهو ينوي طعاماً دون طعام.

وإن قال: أنت طالقٌ اليوم غداً، أو غداً اليومَ: يُؤخذ بأول الوقتين الذي تفوَّه به، فيقع في الأول: في اليوم، وفي الثاني: في الغد؛ لأنه لما قال: اليوم: كان تنجيزاً، والمنجَّز لا يحتمل الإضافة.

ـ وإذا قال: غداً: كان إضافةً، والمضاف لا يتجزَّأ؛ لما فيه من إبطال الإضافة، فلغا الشرطُ في اللفظين.

ـ قال في «النهاية»: إذا قال: أنت طالقٌ اليوم غداً: طلقت اليوم طلقةً في الحال، ولا تطلق أخرىٰ في غدٍ؛ لأن بوقوع هذه الطلقة اليومَ: تتَّصف بها اليوم وغداً وبعد غد.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ أولَ النهار وآخرَه: يقع واحدةً، لا غير؛ لما ذكرنا.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ غداً اليومَ: لا يقع إلا في غدٍ؛ لأنه إنما وصفها بالطلاق غداً، وبالطلاق الذي يقع في غدٍ: لا تكون موصوفةً به اليوم،

. . . .

فلغا قولُه: اليوم.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ آخرَ النهار وأولَه: تقع ثنتان.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ اليوم وغداً: بالواو:

قال في «المبسوط»(١): تطلق في الحال واحدةً، ولا تطلق غيرها؛ لأن العطف للاشتراك، وقد وَصَفَها بالطلاق في الوقتين، وهي بالطلقة الأُولىٰ تتصف بالطلاق في الوقتين.

ـ وإن قال: غداً واليومَ: تطلق اليومَ واحدةً، وغداً أخرىٰ.

وقال زفر: لا تطلق إلا واحدةً.

ـ وقوله: وإن قال: أنت طالقٌ في غدٍ: وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر.

فإن قال: نويتُ به آخرَ النهار: صُدِّق عند أبي حنيفة ديانةً، وقضاءً.

وعندهما: لا يُصدَّق في القضاء، ويُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

لأبي حنيفة: أنه جعل الغد ظرفاً لوقوع الطلاق فيه، وكونه ظرفاً: لا يقتضي كونها مطلقة في جميع أجزائه؛ لأن الظرفية لا تقتضي الاستيعاب، ألا ترىٰ أنك إذا قلت: صمتُ في شعبان: لا يقتضي أن تكون صائماً في جميعه.

---

(١) ٦/١١٥.

. . . .

بخلاف قوله: غداً؛ لأنه يقتضي أن يكون الاستيعابُ، حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلىٰ جميع الغد، ألا ترىٰ أنك إذا قلتَ: صمتُ شعبان: اقتضىٰ صومَ جميعه.

ولهما: أنه وَصَفَها بالطلاق في جميع الغد، فصار بمنزلة: قوله: غداً.

ـ وإذا قال: أنت طالقٌ أمس، وإنما تزوجها اليوم: لم تطلق؛ لأنها لم تكن في ملكه أمس.

ـ بخلاف ما إذا قال لعبده: أنت حرٌّ أمس، وإنما اشتراه اليوم: فإنه يعتق؛ لأن كونه حراً أمس: يُحرِّم استرقاقَه اليوم، فكأنه قال: أنت حرٌّ الأصل.

وفي مسألة المرأة كونها طالقاً أمس: لا يُحرِّم نكاحها اليوم.

وإن تزوجها أول أمس: وقع الطلاق الساعة؛ لأنه أضافه إلىٰ حال ملكه.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ قبل أن أتزوجك: لم يقع شيءٌ؛ لأنه لا يصح تقدُّم الطلاق علىٰ النكاح.

ـ وإن قال لامرأةٍ: يوم أتزوجك فأنت طالقٌ، فتزوجها ليلاً: طلقت.

ـ وإن قال لامرأته: أنا منك طالقٌ: فليس بشيء وإن نوىٰ طلاقاً؛ لأن الطلاق لإزالة القيد، وهو فيها دونه، ألا ترىٰ أنها هي الممنوعة من التزوج والخروج، والزوجُ ينطلق إلىٰ ما شاء من التزوُّج بثلاثٍ سواها، ويستمتع بإمائه.

. . . .

ـ وإن قال: أنا منك بائنٌ، أو عليك حرامٌ، ينوي الطلاقَ: طلقت؛ لأن الإبانة لإزالة الوصلة، وهي مشتركةٌ، وكذا التحريم؛ لإزالة الحل، وهو مشترَكٌ، فصحت إضافتها إليهما.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ، أوْ لا: فليس بشيءٍ، إجماعاً.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ واحدةً، أوْ لا: فكذلك أيضاً عندهما.

وقال محمد: تطلق واحدةً رجعيةً.

والفرق لمحمد: أنه أدخل الشكَّ في الواحدة؛ لدخول كلمة: أو: بينها وبين النفي، فسقط اعتبارُ الواحدة، وبقيَ قولُه: أنت طالقٌ.

بخلاف قوله: أنت طالقٌ، أوْ لا؛ لأنه أدخل الشكَّ في أصل الإيقاع، فلا يقع، ومَن دخل عليه الشك في طلاق زوجته، فلا يدري أطلَّقها أم لا: لم يقع الطلاقُ، ولا يجب عليه اجتنابها، وكان علىٰ يقينه حتىٰ يعلم أن الطلاق وقع يقيناً.

ـ وإذا ضمَّ إلىٰ امرأته ما لا يقع عليه الطلاق، مثل الحَجَر والبهيمة، فقال: أحدكما طالقٌ: طلقت امرأته عندهما.

وقال محمد: لا تطلق.

ـ وإن ضمَّ إليها مَن يوصف بالطلاق، إلا أن الزوج لا يملك طلاقَها، كالأجنبية: لا يقع الطلاق علىٰ زوجته.

وإن قال لامرأته: اختاري نفسَك، ينوي بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طلِّقي نفسَك، فلها أن تطلِّقَ نفسَها مادامت في مجلسها ذلك، . . . .

ـ وإن ضمَّ إليها رجلاً، فقال: أحدكما طالقٌ: لم تطلق امرأته عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: تطلق امرأتُه؛ لأن الرجل لا يصح وقوع الطلاق عليه بحالٍ، كالبهيمة.

ولأبي حنيفة: أنه يوصف بالطلاق؛ لأن البينونة تسمىٰ طلاقاً، وهو يوصف بالبينونة.

ـ وإن جمع بين امرأته وميتةٍ: لم تطلق زوجتُه، إجماعاً؛ لأن الميتة توصف بالطلاق قبل موتها.

ـ وإن قال لامرأته: هذه الكلبةُ طالقٌ: طلقت.

ـ وكذا إذا قال لعبده: هذا الحمارُ حرٌّ: عَتَقَ.

* قوله: (وإن قال لامرأته: اختاري نفسَك، ينوي بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طلِّقي نفسَك: فلها أن تُطلِّق نفسَها ما دامت في مجلسها ذلك)، وإن تطاول يوماً أو أكثر، ما لم تَقُم منه، أو تأخذ في عمل آخر.

ـ وكذا إذا قام هو من المجلس: فالأمر في يدها ما دامت في مجلسها.

ـ وليس للزوج أن يرجع في ذلك، ولا ينهاها عمَّا جَعَلَ إليها، ولا يفسخ.

فإن قامت منه، أو أخذت في عملٍ آخر: خرج الأمرُ من يدها.

---

* قوله: (فإن قامت منه، أو أخذت في عملٍ آخر: خرج الأمرُ من يدها).

يعني إذا قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسَها؛ لأنها إذا قامت: صارت مُعْرِضةً.

ـ وكذا إذا اشتغلت بعملٍ آخر يُعلم أنه قاطعٌ لما كان قبله، كما إذا دعت بطعام لتأكله، أو نامت، أو امتشطت، أو اغتسلت، أو اختضبت، أو جامعها زوجُها، أو خاطبت رجلاً بالبيع أو الشراء، فهذا كله يُبطل خيارَها.

ـ وإن أكلت لقمةً أو لقمتين، أو شربت جُرعةً أو جُرعتين، أو نامت قاعدةً، أو لبست ثياباً من غير أن تقوم، أو فعلت فعلاً قليلاً: فهي علىٰ خيارها.

ـ وكذا لو قالت: ادعوا لي شهوداً أُشهِدهم علىٰ اختياري، أو ادعوا لي أبي أستشيرُه، أو كانت قائمةً، فقعدت: فهي علىٰ خيارها.

ـ وإن كانت قاعدةً، فاتكأت: فهي علىٰ خيارها.

ـ وإن كانت قاعدةً، فاضطجعت:

فعن أبي يوسف روايتان: إحداهما: يَبطل خيارُها، وبه قال زفر، والثانية: لا يبطل.

ـ وإن كانت قاعدةً، فقامت: يبطل خيارُها.

ـ وكذا إذا كانت قائمةً، فركبت؛ لأن هذا إعراضٌ.

. . . .

ـ وإن خيَّرها وهي راكبةٌ، فإن سارت الدابةُ بها قبل أن تختار: بطل خيارُها؛ لأن سير الدابة من فعلها؛ لأنها تقدر علىٰ إيقافها.

ـ وكذا إذا خيَّرها والدابةُ تسير، فسارت قبل أن تختار: بطل خيارها.

وإن أوقفتها: فهي علىٰ خيارها.

ـ وإن خيَّرها وهي في السفينة، فسارت: لم يسقط خيارها؛ لأن سيرها ليس من فعلها؛ لأنها لا تقدر علىٰ إيقافها.

وحُكمها حكم البيت، فكل ما أبطل خيارَها في البيت: أبطله فيها، وما لا: فلا.

ـ وإن كان الزوج معها علىٰ الدابة، أو كانا في مَحمِل: فهي علىٰ خيارها.

ـ وإن ابتدأت في الصلاة: بطل خيارها، سواء كانت فرضاً أو تطوعاً.

ـ وإن خيَّرها وهي في الصلاة، فأتمَّتْها: إن كانت فريضةً أو وتراً: فهي علىٰ خيارها.

ـ وإن كانت تطوعاً: إن سلَّمت علىٰ ركعتين: فهي علىٰ خيارها، وإن زادت عليهما: بطل خيارها؛ لأن ما زاد علىٰ ركعتين في التطوع: كالدخول في صلاةٍ أخرىٰ.

ـ وإن كانت في سُنَّة الظهر الأُولىٰ: لم يبطل خيارها بانتقالها إلىٰ الشفع الثاني.

وإن اختارت نفسَها في قوله : اختاري نفسَك : كانت واحدةً بائنةً، ولا يكون ثلاثاً وإن نوىٰ الزوجُ ذلك.

- وكذا سُنَّة الجمعة.
- وعلىٰ هذا الشفعة.
- وإن سبَّحت، أو قرأت شيئاً يسيراً: لم يبطل خيارُها، وإن طال: بطل.
- وليس لها أن تختار إلا مرةً واحدةً.
- فإن قال لها: أمرُك بيدك كلما شئت: فأمرها بيدها في ذلك المجلس وغيره، ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس واحدةً، حتىٰ تبِين بثلاث؛ لأن: كلما: تقتضي التكرار، إلا أنها لا تطلِّق نفسها في كل مجلس أكثرَ من واحدة.
- فإذا استوفت ثلاثاً، وتزوجها بعد زوجٍ: فلا خيار لها.
- ثم لا بدَّ من النية في قوله: اختاري؛ لأنه كناية.
- وكذا أيضاً في قوله: أمرُك بيدك.
- فإن قال لها: أمرك بيدك إذا شئت، أو متىٰ شئت، أو إذا ما شئت: فلها في المجلس وغيره أن تختار مرةً واحدةً، لا غير؛ لأن: إذا، و: متىٰ: يفيدان الوقت، فكأنه قال لها: اختاري أيَّ وقتٍ شئت.
- فإن اختارت في المجلس زوجَها: خرج الأمرُ من يدها في: كلما، وغيره.

* قوله: (وإن اختارت نفسَها في قوله: اختاري نفسَك: كانت واحدةً بائنةً)، ولا تَحِلُّ له إلا بنكاحٍ مستقبَل.

* قوله: (ولا يكون ثلاثاً وإن نوىٰ الزوجُ ذلك).

ولابدَّ من ذِكْر النفس في كلامه، أو في كلامها.

وقال الشافعي[١]: يكون ثلاثاً إذا نوىٰ الزوج ذلك.

* قوله: (ولا بدَّ من ذِكر النفس في كلامه، أو كلامها).

حتىٰ لو قال: اختاري، فقالت: اخترتُ: فهو باطلٌ.

ـ وإذا قالت: اخترتُ نفسي، أو أبي، أو أمي، أو أهلي، أو الأزواجَ: فهذا كلُّه دلالةٌ علىٰ الطلاق.

وإن قالت: اخترتُ نفسي، لا بل زوجي، أو اخترت نفسي وزوجي: وقع الطلاق.

ـ وإن قالت: اخترتُ زوجي، لا بل نفسي، أو اخترتُ زوجي ونفسي: لا يقع شيءٌ، وخرج الأمر من يدها.

ـ وإن قالت: أنا أختار نفسي: فالقياس أن لا يقع شيءٌ؛ لأن هذا مجردُ وعدٍ، وفي الاستحسان: يقع.

ـ وإن قال: طلِّقي نفسَك، فقالت: أنا أطلِّق نفسي: لا يقع قياساً، واستحساناً.

ـ وإن قال لها: اختاري، فقالت: اخترتُ نفسي، أو أبنتُ نفسي، أو حرَّمتُ نفسي، أو طلَّقت نفسي: كان جواباً، ويقع به الطلاق بائناً.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٧.

. . . .

ـ وإن قال لها: طلِّقي نفسَك، فقالت: طلَّقتُ نفسي، أو أبنتُ نفسي، أو حرَّمتُ نفسي: كان جواباً، ويقع به الطلاق رجعياً.

ـ وإن قالت: اخترتُ نفسي: لا يكون جواباً.

ـ ولو قال: اختاري نفسَك، ونوىٰ الثلاثَ، فطلَّقتْ نفسَها ثلاثاً، أو واحدةً: فهي واحدةٌ بائنة، ولا يكون ثلاثاً.

ـ وإن قال لها: طلِّقي نفسَك ثلاثاً، ونوىٰ الثلاثَ، فطلقت نفسها ثلاثاً: وقَعْنَ.

ـ وإن طلقت نفسَها واحدةً: فهي واحدةٌ، بالاتفاق.

ـ وإن قال لها طلقي نفسَك واحدةً، فطلقت نفسها ثلاثاً: لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وعندهما: تقع واحدة.

ـ وإن قال لها: طلقي نفسك، ولا نية له، أو نوىٰ واحدةً، فقالت: طلقت نفسي: فهي واحدةٌ رجعيةٌ؛ لأن المفوَّضَ إليها صريحُ الطلاق.

ـ وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوجُ ذلك: وقَعْنَ عليها.

ـ وإن نوىٰ اثنتين: لا يصح إلا إذا كانت أمةً؛ لأنه جنسُ حقِّها.

ـ وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنتُ نفسي: طلقت.

ـ وإن قالت: اخترتُ نفسي: لم تطلق؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، ألا ترىٰ أنه إذا قال لها: أبنتُك ينوي الطلاقَ، أو قالت: أبنتُ نفسي، فقال الزوج: قد أجزتُ ذلك: بانت.

. . . .

بخلاف الاختيار؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته: اخترتُك، أو اختاري، ينوي الطلاقَ: لم يقع.

ـ ولو قالت المرأة ابتداءً: اخترتُ نفسي، فقال الزوج: أجزتُ: لا يقع شيءٌ؛ لأنه إنما عُرِف طلاقاً إذا حصل جواباً للتخيير، وقولُه: طلقي نفسَك: ليس بتخيير، فيلغو.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع بقولها: أبنتُ نفسي؛ لأنها أتتْ بغير ما فُوِّض إليها؛ لأن الإبانةَ تغايرُ الطلاق.

ـ وإن قال لها: طلِّقي نفسَك: فليس له أن يرجع عنه، فإن قامت من مجلسها: بطل؛ لأنه تمليكٌ.

بخلاف ما إذا قال لها: طلِّقي ضَرَّتَك؛ لأنه توكيلٌ، فلا يَقتصر علىٰ المجلس، فيَقبل الرجوع.

ـ وقوله: ما دامت في مجلسها:

هذا إذا لم يكن الخيار مؤقتاً، أما إذا كان مؤقتاً، كما إذا قال لها: اختاري نفسَك اليوم أو هذا الشهر أو شهراً أو سنةً: فلها أن تختار ما دام الوقت باقياً، سواء أعرضت عن المجلس، أو اشتغلت بعمل آخر، أو لم تُعرِض، فهو سواء، ويكون لها الخيار في ذلك الوقت المؤقت.

ـ وإن قال لها: اختاري اليوم، أو أمرُك بيدك اليوم أو هذا الشهر: فلها الخيار فيما بقي من اليوم أو الشهر، لا غير.

. . . .

ـ وإن قال: يوماً: فهو من ساعةِ تكلَّم إلىٰ مثلها من الغد.

ـ وإن قال: شهراً: فهو من الساعة التي تكلَّم فيها إلىٰ أن يستكمل ثلاثين يوماً.

ـ والخيار إذا كان مؤقتاً: يبطل بمضيِّ الوقت، سواء علمت أو لم تعلم، بخلاف ما إذا كان غيرَ مؤقت.

مثاله: إذا قال لها: أمرُك بيدك، وهي تسمع: فأمرُها بيدها في مجلسها.

ـ فإن كانت غائبة: إن لم يؤقِّت: فلها الخيار في مجلس عِلْمها.

ـ وإن وقَّته بوقت، فبلغها العلمُ مع بقاء شيء من الوقت: فلها الخيار في بقية الوقت.

ـ وإن مضىٰ الوقت قبل أن تعلم، ثم علمت: فلا خيار لها؛ لأنه خصَّ التفويضَ بزمان، فيبطل بمضيِّه، علمت أو لم تعلم.

ـ وإن قال لها: اختاري اختاري اختاري: بالواو أو بالفاء أو بالألف، فقالت: اخترتُ نفسي، أو اخترت نفسي مرةً، أو بمرة، أو دفعةً، أو بدفعة، أو في واحدةً، أو بواحدة، أو اختياره: يقع ثلاثاً، في قولهم جميعاً.

ـ وإن قالت: اخترتُ تطليقةً، أو بتطليقة: تقع واحدة بائنة، ولا يحتاج إلىٰ نية الزوج.

ـ وإن قالت: اخترتُ الأُولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة: طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما: واحدة.

وإن طلَّقتْ نفسَها في قوله : طلِّقي نفسَك : فهي واحدةٌ رجعيةٌ.

وإن طلَّقتْ نفسَها ثلاثاً وقد أراد الزوجُ ذلك : وقَعْنَ عليها.

وإن قال لها : طلِّقي نفسَك متىٰ شئتِ : فلها أن تطلق نفسَها في المجلس، وبعده.

ـ وإنما لا يُحتاج إلىٰ النية؛ لدلالة التكرار عليه، إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر.

ـ وإن قالت: اخترتُ اختيارَه: فهي ثلاثٌ، إجماعاً؛ لأنها للمرة.

* قوله: (وإن طلَّقت نفسَها في قوله: طلِّقي نفسَك: فهي واحدةٌ رجعيةٌ).

لأنه أمرها بصريح الطلاق، وصريحُ الطلاق إذا لم يكن بائناً: كان رجعياً.

* قوله: (فإن طلقت نفسَها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك: وقَعْن عليها).

لأن قوله: طلِّقي: معناه: افعلي فعلَ الطلاق، وهو اسمُ جنسٍ، فيقع علىٰ الأقل مع احتمال الكل، فلهذا يُعمل فيه بنية الثلاث، وينصرف إلىٰ الثلاث عند عدمها.

ـ ثم إذا طلَّقت نفسها ثلاثاً، وقال الزوجُ: إنما أردتُ واحدةً: لم يقع عليها شيءٌ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تقع واحدة.

* قوله: (وإن قال لها: طلِّقي نفسَك متىٰ شئت: فلها أن تطلِّق نفسها متىٰ شاءتْ في المجلس، وبعده).

وإن قال لرجلٍ: طلِّقِ امرأتي: فله أن يطلِّقها في المجلس، وبعده.

لأن كلمة: متىٰ: عامة في الأوقات، فصار كما إذا قال: في أيِّ وقت شئتِ.

ـ ولها المشيئة مرةً واحدةً؛ لأن: إذا، ومتىٰ: لا تقتضي التكرار، فإذا شاءت: وُجد شرطُ الطلاق، فطلقت، ولم يبق لها مشيئةٌ، حتىٰ لو استرجعها، فشاءت بعد ذلك: لم تؤثِّر مشيئتُها.

ـ ولو قال: كلَّما شئت: كان ذلك لها أبداً حتىٰ تقع ثلاثٌ؛ لأن: كلما: تقتضي التكرار، فكلما شاءت: وقع عليها الطلاق.

ـ فإن عادت إليه بعد زوجٍ: سقطت مشيئتُها.

ـ وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة؛ لأنها توجب عموم الانفراد، لا عمومَ الاجتماع، فلا تملك الإيقاعَ جملةً وجمعاً.

ـ وإن قال لها: طلقي نفسك إن شئت: فذلك مقصورٌ علىٰ المجلس؛ لأن: إن: لا تقتضي الوقت.

ـ وكذا: إن أحببتِ، أو رضيتِ، أو أردتِ: كلُّه يقتصر علىٰ المجلس؛ لأنه علَّقه بفعلٍ من أفعال القلب، فهو مثل الخيار.

* قوله: (وإن قال لرجلٍ: طلِّق امرأتي: فله أن يطلقها في المجلس وبعده)، وله أن يَرجع؛ لأن هذا توكيلٌ واستعانةٌ، وليس بتمليك، فلا يقتصر علىٰ المجلس.

وإن قال : طلِّقها إن شئتَ : فله أن يطلقها في المجلس خاصةً.

ـ بخلاف قوله للمرأة: طلِّقي نفسَك، سواء قال لها: إن شئت، أو لم يقل، فإنه يقتصر علىٰ المجلس؛ لأنها عاملةٌ لنفسها، فكان تمليكاً، لا توكيلاً.

* قوله: (وإن قال له: طلِّقها إن شئتَ: فله أن يطلِّقها في المجلس خاصةً).

ـ وليس للزوج أن يرجع.

وعند زفر: هذا والأول سواء.

ـ والأصل في هذا: أن كلَّ ما كان تفويضاً: فإنه يَقتصر علىٰ المجلس، ولا يملك الزوجُ النهيَ عنه.

وكلَّ ما كان توكيلاً: لا يقتصر علىٰ المجلس، ويَملك الزوجُ الرجوعَ عنه، والنهيَ عنه.

ـ فإذا ثبت هذا: فنقول: إذا قال لها: طلِّقي نفسَك، سواء قال لها إن شئت أوْ لا: فلها أن تطلِّق نفسها في ذلك المجلس خاصةً، وليس له أن يَعزلها؛ لأنه تفويضٌ.

ـ وكذا إذا قال لرجلٍ: طلق امرأتي، وقَرَنَه بالمشيئة: فهو كذلك.

وإن لم يقرِنْه بالمشيئة: كان توكيلاً، ولم يقتصر علىٰ المجلس، ويملك العزلَ عنه.

. . . .

ـ وإذا قال لها: طلقي نفسك وصاحبتَك: فلها أن تطلق نفسَها في المجلس؛ لأنه تفويضٌ في حقها، ولها أن تطلق صاحبتَها في المجلس وغيره؛ لأنه توكيلٌ في حقِّ صاحبتها.

ـ وإن قال لرجلين: طلِّقا امرأتي إن شئتما: فليس لأحدهما التفرد بالطلاق ما لم يجتمعا عليه.

ـ وإن قال: طلِّقا امرأتي، ولم يقرنه بالمشيئة: كان توكيلاً، وكان لأحدهما أن يطلقها.

ـ وإن قال: طلقي نفسَك ثلاثاً، فطلقت نفسَها واحدةً: فهي واحدةٌ؛ لأنها ملكت إيقاعَ الثلاث، فتملك إيقاعَ الواحدة ضرورةً.

ـ وإن قال لها: طلقي نفسك واحدةً، فطلقت نفسَها ثلاثاً: لم يقع شيءٌ عند أبي حنيفة؛ لأنها أتتْ بغير ما فُوِّض إليها، فكانت مبتدأة.

وعندهما: يقع واحدةً؛ لأنها أتت بما ملكتْه وزيادة، فصار كما لو طلقها الزوج ألفاً.

ـ وإن قال لها: طلقي نفسك واحدة أملكُ الرجعة فيها، فقالت: طلقت نفسي طلقةً بائنةً: وقعت واحدة رجعيةً؛ لأنها أتت بالأصل وزيادةِ وصفٍ، فيلغو الوصفُ، ويبقىٰ الأصل.

ـ وإن قال: طلِّقي نفسَك واحدة بائنةً، فقالت: طلقت نفسي واحدة رجعيةً: وقعت بائنةً؛ اعتباراً لأمر الزوج.

وإن قال لها : إن كنتِ تُحبِّيني، أو تُبغضيني، فأنتِ طالقٌ، فقالت : أنا أُحبُّك، أو أُبغضُك : وقع الطلاقُ وإن كان في قلبها خلافُ ما أظهرتْ.

وإذا طلق الرجلُ امرأتَه في مرض موته طلاقاً بائناً، فمات وهي في العدة : وَرِثَتْ منه.

ـ وإن قال: طلِّقي نفسَك ثلاثاً إن شئت، فطلَّقت واحدةً: لم يقع شيءٌ؛ لأن معناه: إن شئت الثلاث، وهي ما شاءت الثلاثَ، فلم يوجد الشرط.

ـ وإن قال: طلقي نفسك واحدةً إن شئت، فطلقت ثلاثاً: فكذا عند أبي حنيفة لا يقع شيءٌ؛ لأن مشيئةَ الثلاث ليس مشيئةً للواحدة.

وعندهما: يقع واحدةً؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئةٌ للواحدة.

* قوله: (وإن قال لها: إن كنتِ تُحبِّيني، أو تُبغضيني: فأنت طالقٌ، فقالت: أنا أُحبُّك، أو أُبغضك: وقع الطلاقُ وإن كان في قلبها خلافُ ما أظهرت).

ـ وإن قال: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالقٌ، فقالت: أنا أحبك، وهي كاذبةٌ: طلُقت عندهما.

وقال محمدٌ: لا تطلق؛ لأن المحبة إذا عُلِّقت بالقلب: يُراد بها حقيقة الحب، ولم توجد.

وهما: يقيسانه على الأول.

* قوله: (وإذا طلق الرجل امرأتَه في مرض موته طلاقاً بائناً، فمات وهي في العدة: وَرِثَتْ منه)، وكذا إذا طلقها ثلاثاً.

وإن مات بعد انقضاء عدتها : فلا ميراث لها .

---

* **(وإن مات بعد انقضاء عدتها: فلا ميراثَ لها).**

ومعناه: إذا طلقها بغير سؤال منها، ولا برضاً، أما إذا سألته ذلك، فطلقها بائناً، أو ثلاثاً، أو خالعها، أو قال لها: اختاري، فاختارت نفسَها، فمات وهي في العدة: لا ترث؛ لأنها رضيت بإبطال حقها.

ـ وإنما ذكر البائنَ؛ لأن الرجعيِّ لا يَحرِم الميراثَ في العدة، سواء طلقها بسؤالها أو بغير سؤالها؛ لأن الرجعيَّ لا يُزيل النكاح، حتىٰ لو طلقها في صحته طلاقاً رجعياً، ومات وهي في العدة: ورثت منه، وانتقلت عدتُها إلىٰ عدة الوفاة.

ـ قال الخُجَنديُّ: إذا أبانها في مرض موته بغير رضاها: ورثت من الزوج، وهو لا يرث منها.

ـ وينبغي أن تكون المرأة وقت الطلاق من أهل الميراث، أما إذا كانت وقت الطلاق مملوكةً أو كتابيةً، ثم أُعتقت في العدة، أو أسلمت: لا ترث؛ لأن الفرارَ لم يوجد.

ـ وإن قالت له في مرضه: طلِّقني للرجعة، فطلَّقها ثلاثاً: ورثت؛ لأن الرجعي لا يُزيل النكاحَ، فلم تكن بسؤالها راضيةً بإبطال حقِّها.

ـ وإن طلَّقها ثلاثاً وهو مريضٌ، ثم صحَّ، ثم مات بعد ذلك، وهي في العدة: لم ترثه.

وقال زفر: ترثه.

وإذا قال الزوج لامرأته : أنتِ طالقٌ إن شاء الله متصلاً بيمينه : لم يقع الطلاق عليها .

ـ ثم المريض الذي ترثه المطلَّقةُ: أن يكون مريضاً مرضاً لا يعيش منه غالباً، ويُخاف منه الهلاكُ غالباً، بأن يكون صاحبَ فراشٍ، لا يجيء ولا يذهب إلىٰ أن يموت.

وقيل: أن يكون مُضْنىً لا يقوم إلا بشدة، وهو في حالٍ تجوز له الصلاة قاعداً، أما إذا كان يذهب ويجيءُ، وهو يَحُمُّ[1]: فهو كالصحيح.

ـ وإن قُدِّم ليُقتل قصاصاً، أو رَجماً، فطلَّق حينئذ: ورثت.

ـ وكذا إذا انكسرت به السفينةُ، وبقيَ علىٰ لوحٍ، أو وقع في فم سَبُعٍ، فطلق ثلاثاً، ومات من ذلك: ورثت.

* قوله: (وإذا قال لامرأته: أنت طالقٌ إن شاء الله متصلاً[2]: لم يقع الطلاق عليها).

سواء سمع الاستثناءَ أو لم يسمعه، إذا كان قد حرَّك به لسانَه، وهذا اختيار الكرخي.

وقال الهُنْدُوانيُّ: لا يصح ما لم يُسمِع نفسَه.

ـ فإن ماتت المرأة قبل أن يقول: إن شاء الله: لم يقع الطلاق.

---

(١) من: الحُمَّىٰ.

(٢) وفي نسخة القدوري ٦١١هـ زيادة: متصلاً بيمينه.

. . . .

ـ وإن قدَّم الاستثناء، فقال: إن شاء الله أنتِ طالقٌ: فهو استثناء عندهما.

وقال محمد: ليس باستثناء، وهو منقطعٌ، والطلاقُ واقعٌ في القضاء، وهو يُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ إن كان أراد الاستثناء.

ـ وأما إذا قال: إن شاء الله فأنت طالقٌ: فهو استثناءٌ، إجماعاً.

ـ وكذا إذا قال: إن شاء الله وأنت طالقٌ: بالواو: فهو استثناءٌ، إجماعاً. كذا في «شرحه».

وفي «الخُجَندي»: لا يصح الاستثناءُ بذكر الواو، بالإجماع، وهو الأظهر.

ـ وإن قَدَّم ذِكْرَ الطلاق، فقال: أنت طالقٌ وإن شاء الله، أو أنت طالق فإن شاء الله: لم يكن مستثنياً.

ـ وإن قال: إلا أن يشاء الله، أو ما شاء الله، أو إذا شاء الله، أو بقضاء الله، أو بقدرة الله، أو بما أحبَّ اللهُ، أو بما أراد اللهُ: فهو مثل: إن شاء الله.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ بمشيئة الله: فهو استثناءٌ.

ـ وكذا إذا علَّق بمشيئة مَن لا تَظهر لنا مشيئته: كان حكمُه حكمَ الاستثناء، كما إذا قال: إن شاء جبريلُ، أو الملائكةُ، أو الجنُّ، أو إبليس.

ـ وكذا إذا ضَمَّ مع مشيئة الله تعالىٰ مشيئةَ غيرِه، كما إذا قال إن شاء الله وشاء زيدٌ، فشاء زيدٌ: لم تطلق.

وإن قال لها : أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا واحدة : طلقتْ ثنتين .

وإن قال : ثلاثاً إلا ثنتين : طلقتْ واحدة .

ـ وإن قال: أنت طالقٌ إن شاء زيدٌ: وَقَفَ علىٰ مشيئة زيد في المجلس، فإن شاء في ذلك المجلس: طلُقت.

ـ وكذا إذا كان غائباً: وَقَفَ علىٰ مجلس علمه، ويقتصر عليه، فإن شاء في المجلس: وقع، وإن قام: بطل.

وصورة مشيئته: أن يقول: شئتُ ما جعله إليَّ فلان.

ولا يُشترط نية الطلاق، ولا ذِكْرُه.

ـ وإن قال لامرأته: أنت طالقٌ ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله: وقع عليها ثلاثٌ عند أبي حنيفة، وقالا: الاستثناء جائزٌ.

ـ وعلىٰ هذا الخلاف: إن قال: ثلاثاً وواحدةً إن شاء الله.

لأبي حنيفة: أن العدد الثاني لغوٌ، لا حُكم له؛ لأن الزوج لا يملك أكثرَ من ثلاث، واللغو حَشْوٌ، فيَفصل بين الإيقاع والاستثناء، كالسكوت.

ولهما: أنه كلامٌ واحدٌ؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: سِتّاً إن شاء الله.

ـ وإن قال: أنتِ طالقٌ واحدةً وثلاثاً إن شاء الله: فالاستثناء جائزٌ، إجماعاً؛ لأن الكلام الثاني ليس بلغوٍ.

*** قوله: (وإن قال لها: أنت طالقٌ ثلاثاً إلا واحدةً: طلقت اثنتين، وإن قال: ثلاثاً إلا اثنتين: طلقت واحدة).**

. . . .

ـ وإن قال: ثلاثاً إلا نصفَ واحدة: طلقت ثلاثاً عندهما، وقال: محمدٌ: اثنتين.

ـ وإن قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً: يقع ثلاثٌ؛ لأنه لا يصح استثناءُ الكل.

ـ واختلفوا في استثناء الكل: فقال بعضهم: هو رجوعٌ؛ لأنه يُبطِل كلَّ الكلام، وقال بعضهم: هو استثناءٌ فاسدٌ، وليس برجوع، وهو الصحيح؛ لأنهم قالوا في الموصي إذا استثنىٰ جميعَ الموصىٰ به: بطل الاستثناء، والوصية صحيحةٌ، ولو كان رجوعاً: لبطلت الوصية؛ لأن الرجوع فيها جائزٌ.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ ثلاثاً إلا واحدةً وواحدةً وواحدةً: وقعت الثلاث عند أبي حنيفة، وبطل الاستثناء؛ لأن حكم أولِ الكلام موقوفٌ علىٰ آخره، فكأنه قال: إلا ثلاثاً.

وقال أبو يوسف: استثناء الأُولىٰ والثانية جائزٌ، وبطل استثناء الثالثة، وتلزمه واحدة؛ لأن استثناء الأُولىٰ والثانيةِ قد صح، ألا ترىٰ أنه لو سكت عليه: جاز، فإذا ذَكَرَ الثالثةَ: فقد استثنىٰ ما لا يصح، فبطل، وصح استثناء ما سواه.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحدةً إلا ثلاثاً: بطل الاستثناء، إجماعاً؛ لأنه استثناءُ الجملة، فلم يصح.

ـ وكذا إذا قال: أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحدةً إلا واحدةً وواحدةً وواحدةً؛ لأن كل واحدةٍ جملةٌ علىٰ حِيالها، وقد استثناها: فلا يصح.

. . . .

وقد قال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: أنت طالقٌ اثنتين واثنتين إلا اثنتين: وقع اثنتان، وجعلا الاستثناءَ من كل اثنتين واحدة.

وقال زفر: تقع ثلاثٌ؛ لأن الاستثناء يرجع إلىٰ ما يليه، ولا يرجع إلىٰ غيره، ومتىٰ رجع إلىٰ ما يليه: كان استثناءَ الكل، فلا يصح.

ـ وعن محمد: فيمن قال: أنت طالقٌ اثنتين واثنتين إلا ثلاثاً: قال: هي ثلاثٌ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الاستثناءَ من الجملتين؛ لأنه يكون من كل واحدة طلقة ونصف، وهذا يكون استثناء جميع الجملة، ولا يمكن أن يكون من إحدىٰ الجملتين؛ لأنه يرفعهما.

ـ وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: واحدة واثنتين إلا اثنتين: قال: هي ثلاثٌ، وهو قول محمد؛ لأنا إن رددنا الاستثناء إلىٰ كل واحدة من الجملتين: أبطلناهما، وإن رددنا بعضَه إلىٰ هذه، وبعضَه إلىٰ هذه: أبطلناهما أيضاً؛ لأنه يقسمه علىٰ قدر الثلث والثلثين، فلم يبق إلا بطلان الاستثناء.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدةً: وقعت واحدةٌ؛ لأنه يجعل كل استثناء مما يليه، فإذا استثنىٰ الواحدةَ من الثلاث: بقي ثنتان يستثنيهما من الثلاث، فتبقىٰ واحدةٌ.

ـ وإن قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدةً، فاستثنىٰ الواحدة من اثنتين: تبقىٰ واحدة، يستثنيها من الثلاث: تبقىٰ ثنتان، يستثنيهما من الثلاث: تبقىٰ واحدة.

. . . .

ـ وإن قال: أنت طالقٌ ما بين واحدةٍ إلىٰ ثلاث، أو من واحدة إلىٰ ثلاث: طلقت اثنتين عند أبي حنيفة، فيدخل الابتداء دون الغاية.

وقال زفر: لا يدخلان جميعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يدخلان جميعاً.

ـ وإن قال: أنت طالقٌ ما بين واحدة إلىٰ أخرىٰ، أو من واحدة إلىٰ واحدة: فهي واحدة.

أما علىٰ أصل أبي حنيفة: فالابتداء يدخل، والغاية تسقط، فتقع واحدة.

وأما علىٰ قولهما: فيدخلان جميعاً، إلا أن يحتمل أن يكون قوله: من واحدة إلىٰ واحدة: يعني منها إليها: فهي واحدةٌ، فلا يقع أكثر منها.

وقال زفر: لا يقع شيءٌ؛ لأنه يسقط الابتداء والغاية، وإذا سقطا: لم يقع شيءٌ.

ومنهم مَن قال: تقع واحدة عند زفر أيضاً، وهو الصحيح؛ لأنه جعل الشيء الواحد حداً ومحدوداً، وذلك لا يُتصوَّر، فيلغو آخرُ كلامه، ويبقىٰ قوله: أنت طالقٌ.

ـ وقال بشرٌ عن أبي يوسف: إذا قال: من ثنتين إلىٰ ثنتين: تقع اثنتان.

ـ وإن قال: من واحدة إلىٰ ثنتين، أو ما بين واحدة إلىٰ ثنتين: فهي واحدة عند أبي حنيفة.

وإذا مَلَكَ الزوجُ امرأتَه، أو شِقْصاً منها، أو ملكت المرأةُ زوجَها، أو شِقْصاً منه : وقعت الفرقةُ بينهما.

ـ وإن قال: واحدة في ثنتين، ونوىٰ الضربَ والحساب، أو لم يكن له نية: فهي واحدة.

وقال زفر: تقع ثنتان.

ـ فإن نوىٰ واحدةً وثنتين: فهي ثلاثٌ، إجماعاً.

ـ وإن كانت غيرَ مدخول بها: تقع واحدة، كما في قوله: واحدة وثنتين.

ـ وإن نوىٰ واحدة مع اثنتين: تقع ثلاثٌ؛ لأن كلمة: في: قد تأتي بمعنىٰ: مع: قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾. الفجر/٢٩ :أي مع عبادي.

ـ وإن نوىٰ الظرفَ: تقع واحدة، إجماعاً.

ـ وإن قال: ثنتين في ثنتين، ونوىٰ الضربَ والحسابَ: فهي ثنتان.

وعند زفر: ثلاثٌ؛ لأن قضيته أن يكون أربعاً، إلا أنه لا مزيد للطلاق علىٰ ثلاث.

* قوله: (وإذا ملك الزوجُ امرأتَه، أو شِقْصاً منها، أو ملكت المرأةُ زوجَها، أو شِقْصاً منه: وقعت الفُرقة بينهما)، إلا أن يشتريَ المأذون أو المدبَّر أو المكاتب كلٌّ منهم زوجتَه: لا يَفسد النكاح؛ لأن لهم حقاً، لا ملكاً تاماً.

ـ ثم إذا ملكت المرأةُ زوجَها: هل يملك عليها وقوع الطلاق؟

. . . .

عندهما: لا، وعند محمد: نعم، يعني إذا كانت مدخولاً بها.

لهما: أن الطلاق يستدعي قيامَ النكاح، ولا بقاءَ له مع المُنافي، وهو ملك اليمين.

ـ وكذا إذا اشتراها، ثم طلَّقها: لا يقع شيءٌ؛ لما قلنا.

ولمحمد: أن العدة باقيةٌ إذا كانت مدخولاً بها، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الرَّجْعة

إذا طلَّق الرجلُ امرأتَه تطليقةً رجعيةً، أو تطليقتَيْن : فله أن يراجعها في عِدَّتها، رَضِيَتْ المرأةُ بذلك، أو لم ترض.

كتاب الرَّجْعة

هي المراجعةُ، وهي: عبارةٌ عن ارتجاع المطلِّق مطلَّقتَه علىٰ حكم النكاح الأول.

وهي تَثبُت في كلِّ مطلَّقةٍ بصريح الطلاق بعد الدخول، ما لم يستوف جملةَ عددِ الطلاق عليها، ولم يَحصل في مقابلة طلاقها عوضٌ، ويُعتبر بقاؤها في العدة.

* قال رحمه الله: (إذا طلَّق الرجلُ امرأتَه تطليقةً رجعيةً، أو تطليقتين: فله أن يراجعها في عِدَّتها، رَضِيَتْ بذلك أو لم تَرْضَ).

إنما شُرط بقاؤها في العدة: لأنها إذا انقضتْ: زال الملكُ وحقوقُه، فلا تصح الرجعةُ بعد ذلك.

ـ وقوله: رَضِيَتْ أو لم ترضَ؛ لأنها باقيةٌ علىٰ الزوجية، بدليل جواز الظِّهار عليها والإيلاءِ واللعانِ والتوارثِ ووقوعِ الطلاق عليها ما دامت معتدةً، بالإجماع.

والرجعةُ أن يقولَ: راجعتُكِ، أو: راجعتُ امرأتي، . . . .

ـ وللزوج إمساكُ زوجته، رَضِيَتْ أو لم ترضَ، وقد دلَّ علىٰ ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾. البقرة/٢٢٨، سمَّاه: بعلاً، وهذا يقتضي بقاءَ الزوجية بينهما.

* قوله: (والرجعةُ أن يقول: راجعتُك، أو راجعتُ امرأتي).

هذا صريحٌ في الرجعة، ولا خلافَ فيه.

ـ فقوله: راجعتُك: هذا في الحَضْرة.

ـ وقوله: راجعتُ امرأتي: في الحضرة والغيبة.

ـ ثم الرجعة علىٰ ضربين: سُنِّيٌّ، وبِدْعيٌّ:

فالسُّنِّي: أن يراجعها بالقول، ويُشهِدَ علىٰ رجعتها شاهدين، ويُعلِمَها بذلك.

ـ فإن راجعها بالقول، نحو أن يقول لها: راجعتك، أو راجعت امرأتي، ولم يُشهِد علىٰ ذلك، أو أشهَد ولم يُعلِمْها بذلك: فهو مخالفٌ للسنَّة، والرجعة صحيحةٌ.

ـ وإن راجعها بالفعل، مثل أن يطأها، أو يُقبِّلها بشهوة، أو يلمسها بشهوةٍ، أو ينظر إلىٰ فرجها بشهوة: فإنه يصير مراجِعاً عندنا، إلا أنه يكره له ذلك، ويُستحبَّ أن يراجعها بعد ذلك بالإشهاد.

ـ وإن نظر إلىٰ سائر أعضائها بشهوة: لا يكون مراجِعاً.

أو يطأها، أو يُقبِّلها، أو يَلمسَها بشهوةٍ، أو ينظر إلىٰ فَرْجها بشهوة.

---

* قوله: (أو يطأها، أو يُقبِّلَها، أو يلمسَها بشهوةٍ، أو ينظرَ إلىٰ فرجها بشهوة).

يعني الفرج الداخل، ولا يتحقق ذلك إلا عند انكبابها.

وقال الشافعي[1]: لا تصح الرجعة إلا بالقول، مع القدرة عليه.

- ولا مهر في الرجعة، ولا عوض؛ لأن الطلاق الرجعي لا يُزيل الملكَ، والعوضُ لا يجب علىٰ الإنسان في مقابلة ملكه.

- وإن راجعها بلفظ التزويج: جاز عند محمد، وعليه الفتوىٰ.

- وكذا إذا تزوجها: صار مراجعاً لها، هو المختار.

- وإن قال: أنت امرأتي، ونوىٰ الرجعة: قال ابن مُقاتِل: هو رجعة.

- ومن ألفاظ الرجعة أيضاً: رَدَدْتُك، أو أمسكتُك، أو أنت عندي كما كنتِ، إذا نوىٰ بذلك الرجعة. كذا في «النهاية»، وهذه كنايات الرجعة.

- ولو جامَعَتْه وهو نائمٌ، أو مغمىً عليه، أو مجنونٌ: صار مراجِعاً.

- وقوله: أو يُقبِّلها بشهوة: يعني علىٰ الفم، بالإجماع.

- وإن كان علىٰ الخَدِّ، أو الذَّقَن، أو الجبهة، أو الرأس: اختلفوا فيه:

وظاهر ما أطلق في «العيون»: أن القُبْلة في أيِّ موضعٍ كانت: توجب حرمة المصاهرة عند بعض المشايخ، وهو الصحيح. كذا في «الذخيرة».

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٣٧.

. . . .

ـ وقوله: أو يَلْمَسَها بشهوةٍ: وكذا إذا لَمَسَتْه هي أيضاً بشهوةٍ: كان رجعةً عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: إذا لَمَسَتْه: فتَرَكَها وهو يَقْدِر علىٰ مَنْعها: فهو رجعةٌ، وإن مَنَعَها، ولم يتركها: لم يكن رجعةً.

ـ وفي «الينابيع»: إذا لمسته مختلِسةً وهو كارهٌ، أو نائمٌ، أو زائلُ العقل، وأقرَّ الزوجُ أنها فعلتْه بشهوة: كان رجعةً عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يكون رجعةً، إلا إذا تركها وهو يُمكنه مَنْعها.

ـ وأما إذا كان اللمس والنظر من غير شهوة: لم يكن رجعةً، بالإجماع.

ـ قال محمد: ولو صدَّقها الورثةُ بعد موته أنها لمستْه بشهوة: كان ذلك رجعةً.

ـ وإن شهد الشهود أنها قبَّلته بشهوة: لم تُقبَل الشهادة، لأن الشهوة معنىً في القلب، لا يشاهدونها.

وقال بعضُهم: تُقبل؛ لأنه يَظهر للشهوة نشاطٌ في الوجه.

ـ وإن شهدوا علىٰ الجماع: جاز، إجماعاً لأنه يُشاهَد، فلا يُحتاج فيه إلىٰ شرط الشهوة.

ـ وإن نظرت هي إلىٰ فرجه بشهوة: فعند أبي حنيفة: يكون رجعةً، وعند أبي يوسف: لا يكون رجعةً.

ويُستحبُّ له أن يُشهِد علىٰ الرجعة شاهدَيْن.

فإن لم يُشْهِد: صحَّت الرجعةُ.

ـ وإن نظر إلىٰ دبرها بشهوة: لا يكون رجعةً، إجماعاً؛ لأنه لا يجري مجرىٰ الفرج.

ـ ولا يجوز تعليق الرجعة بالشرط، مثل أن يقول: إذا جاء غدٌ فقد راجعتك، أو إذا دخلت الدار، أو إذا فعلت كذا: فهذا لا يكون رجعةً، إجماعاً.

* قوله: (ويُستحبُّ له أن يُشهِد علىٰ الرجعة شاهدين).

يقول لهما: اشهَدا أني قد راجعت امرأتي فلانةً، أو ما يؤدي عن هذا المعنىٰ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. الطلاق/٢.

ولأنه لا يَأمن أن تنقضيَ العدةُ، فلا تصدقه علىٰ الرجعة.

* قوله: (فإن لم يُشهِد: صحَّت الرجعةُ).

وقال مالك[1]: لا تصح؛ للآية، والأمر للوجوب.

ولنا: إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد:

وهو: قولُه تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾. البقرة/٢٣١.

وقولُه تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾. البقرة/٢٣٠.

---

(١) الذي اعتمده خليل عند المالكية هو الندب، وقيل: يجب. جواهر الإكليل ٣٦٥/١.

وإذا انقضت العدَّةُ، فقال الزوجُ: قد كنتُ راجعتُها في العدة، فصدَّقَتْه: فهي رَجْعةٌ.

وإن كذَّبته: فالقولُ قولُها، ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة.

وقوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾. البقرة/٢٢٩.

وقولُه تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾. البقرة/٢٢٨.

وقوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه: «مُرْ ابنَك فليراجعها»[1].

ولم يُذكر الإشهاد في شيءٍ من هذا.

ولأنه استدامة النكاح، والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء، كما في الفيء في الإيلاء، إلا أنه يُستحب الإشهاد؛ كي لا يَجريَ التناكرُ فيها.

ـ والآيةُ محمولةٌ علىٰ الاستحباب، ألا ترىٰ أنه قَرَنَها بالمفارقة، أي قرن المراجعة بالمفارقة في قوله: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾. الطلاق/٢، والإشهاد في المفارقة مستحبٌّ، فكذا في الرجعة.

* قوله: (وإذا انقضت العدة، فقال الزوجُ: قد كنتُ راجعتُها في العدة، فصدَّقَتْه: فهي رجعةٌ، وإن كذَّبته: فالقولُ قولها)؛ لأنه أخبر عما لا يَملك إنشاءَه في الحال، فكان متَّهماً، إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، وهذا إذا ادَّعىٰ بعد انقضاء العدة.

* قوله: (ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة).

---

(١) تقدم ص٣٩٧.

وإذا قال الزوجُ: قد راجعتُكِ، فقالت مجيبةً له: قد انقضت عِدَّتي، والعدةُ تحتملُ: لم تصحَّ الرجعةُ عند أبي حنيفة.

وهذه من المسائل الثمان التي لا يُستحلَف فيها، وقد بينَّاها في النكاح[1].

ـ وتُستحلَف المرأة علىٰ انقضاء العدة، بالإجماع.

* قوله: (وإذا قال الزوج: قد راجعتُك، فقالت مجيبةً له: قد انقضتْ عدتي والعدة تحتمل ذلك: لم تصحَّ الرجعةُ عند أبي حنيفة).

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج، وتصح الرجعة.

ـ والخلاف فيما إذا قالت له علىٰ الفور، متصلاً بكلامه، أما إذا سكتت ساعة، ثم قالت له ذلك: صحت الرجعة، بالإجماع.

ـ وتُستحلف في هذه المسألة عند أبي حنيفة؛ لأنها بنكولها: تبذُل الامتناعَ من الأزواج، والكون في منزل الزوج، وهذا مما يصح بَذْله، فلهذا صح منها.

ـ ولا يقال إذا نكلت: صحت الرجعة، والرجعة لا يصح بذلها، فنقول: إنما ثبت بنكولها العدة، والزوج يملك الرجعة من طريق الحكم؛ لبقاء العدة، لا بقولها.

ـ ولو بدأت المرأةُ بالكلام، فقالت: قد انقضت عدتي، فقال الزوج مجيباً لها، موصولاً بكلامها: راجعتك: لم تصح الرجعة. كذا في «الخُجَندي».

---

(١) ص٢٩١.

وإذا قال زوجُ الأمة بعد انقضاء عدتها : قد كنتُ راجعتُها في العدة، فصدَّقه المولىٰ، وكذَّبته الأمةُ : فالقولُ قولُها عند أبي حنيفة.

---

* قوله: (**وإذا قال زوجُ الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنتُ راجعتُها في العدة، فصدَّقه المولىٰ، وكذَّبته الأمة: فالقول قولها**[1]).

وهذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول المولىٰ؛ لأن بُضعها مملوكٌ له، فقد أقرَّ بما هو خالصُ حقِّه للزوج، فشابه الإقرار عليها بالنكاح.

ولهما: أن حكم الرجعة يُبتنىٰ علىٰ العدة، والقول في العدة قولها، فكذا فيما يُبتنىٰ عليها.

ولأن المولىٰ لا مدخلَ له في ذلك؛ لأن الرجعةَ إلىٰ الزوج، والعدةُ من الأمة، ألا ترىٰ أن المولىٰ لو قال للزوج: أنتَ قد راجعتَها، فأنكر الزوج: لم يُقبَل قول المولىٰ عليه.

ـ ولو كذَّبه المولىٰ، وصدَّقته الأمة: فعندهما: القول قول المولىٰ، وكذا عنده، في الصحيح؛ لأنها منقضيةُ العدة في الحال، وقد ظهر ملك المتعة للمولىٰ، فلا يُقبل قولها في إبطالها.

بخلاف الأول؛ لأن المولىٰ بالتصديق في الرجعة مقِرٌّ بقيام العدة، ولا يظهر ملكه مع العدة.

---

(١) في نسخة القدوري ١٣٠٩هـ زيادة: عند أبي حنيفة.

وإذا انقطع الدمُ من الحيضة الثالثة لعشرة أيامٍ: انقطعت الرجعةُ، وانقضت عدتُها وإن لم تغتسل.

وإن انقطع الدمُ لأقلَّ من عشرة أيام: لم تنقطع الرجعةُ حتىٰ تغتسل، أو يمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ، . . . .

ـ وإن قالت: قد انقضت عدتي، وقال الزوج والمولىٰ: لم تنقض: فالقول قولها؛ لأنها أمينةٌ في ذلك.

* قوله: (وإذا انقطع الدمُ من الحيضة الثالثة لعشرة أيام: انقطعت الرجعةُ، وانقضت العدةُ وإن لم تغتسل)؛ لأن الحيض لا مزيدَ له علىٰ العشرة، فبمجرد الانقطاع: خرجت من الحيض، فانقضت العدة، وانقطعت الرجعة.

* قوله: (وإن انقطع لأقلَّ من عشرة أيام: لم تنقطع الرجعةُ حتىٰ تغتسل، أو يمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ) كاملةٍ؛ لأن فيما دون العشرة يحتمل عَوْد الدم، فلا بدَّ من الغُسل، أو مضيٍّ وقت الصلاة.

ـ وهذا إذا كانت مسلمةً، أما إذا كانت كتابيةً: فإن عدتها تنقضي بنفس الانقطاع، وانقطعت رجعتُها، سواء كان الانقطاع لأكثر الحيض، أو لأقله؛ لأنه لا يُتوقع في حقها أمارةٌ زائدة؛ لأن فرض الغُسل لا يلزمها.

ـ وقوله: أو يمضيَ عليها وقتُ صلاة: وهذا إذا انقطع أول الوقت، فإن انقطع آخره: يُعتبر أدنىٰ وقتٍ تَقدِر فيه علىٰ الاغتسال، والتحريمة.

أو تتيمَّمَ وتصليَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا تيمَّمت المرأةُ: انقطعت الرجعةُ وإن لم تُصلِّ.

وإن اغتسلت، ونسيت شيئاً من بدنها لم يُصِبْه الماءُ: فإن كان عضواً كاملاً فما فوقه: لم تنقطع الرجعةُ، وإن كان أقلَّ من عضوٍ: انقطعت الرجعة.

---

* قوله: (أو تتيمَّمَ وتصليَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا تيممت: انقطعت الرجعة وإن لم تُصَلِّ)، يعني إذا كانت مسافرة، فتيمَّمت.

لهما: إن التيمم لا يرفع الحدث، ألا ترىٰ أنها لو رأت الماء: بطل تيممها، وصار كأن لم يكن، فلم تنقطع الرجعة، وليس كذلك إذا صلَّت؛ لأنه تعلَّق بالتيمم حكمٌ لا يلحقه الفسخ، ألا ترىٰ أنها لو رأت الماء: لم تبطل تلك الصلاة، فصار كالغُسل.

ولمحمدٍ: أنها إذا تيممت: استباحتْ به ما تَستبيحه بالغُسل، فصار كما لو اغتسلت.

ـ ثم قيل: تنقطع الرجعةُ بنفس الشروع في الصلاة عندهما، وقيل: بعد الفراغ، وصحَّح في «الفتاوىٰ» أنها تنقطع بالشروع.

* قوله: (وإن اغتسلت، ونسيتْ شيئاً من بدنها لم يُصِبْه الماء: فإن كان عضواً كاملاً فما فوقه: لم تنقطعِ الرجعةُ، وإن كان أقلَّ من عضو: انقطعت الرجعة)، وذلك قدر إصبع أو إصبعين.

والقياس في العضو الكامل: أن لا تبقىٰ الرجعة؛ لأنها قد غسلت أكثر

والمطلَّقة الرجعية تتشوَّفُ وتتزيَّنُ.

بدنها، وللأكثر حكم الكل، إلا أن في الاستحسان تبقىٰ الرجعة؛ لأن الحدث باقٍ ببقائه، فكأنها لم تغتسل.

ـ وإن بقيَ أقلُّ من عضو: انقطعت الرجعة؛ لأن ما دون العضو يتسارعُ إليه الجفاف؛ لقلته، فلا تيقُّن لعدم وصول الماء إليه، فقلنا تنقطع الرجعة، إلا أنها لا يَحلُّ لها التزوج؛ احتياطاً.

ـ وأما إذا بقيت المضمضةُ والاستنشاق:

قال محمد: أَبِينها من زوجها، ولا تحلُّ للأزواج ما لم تأت بذلك.

وعن أبي يوسف روايتان: إحداهما: أن الرجعة لا تنقطع؛ لأن الحدث في عضو كاملٍ.

والثانية: مثل قول محمد؛ لأن المضمضة والاستنشاق مختلَفٌ في وجوبهما، والرجعةُ يُعتبر فيها الاحتياط، فلم يجز إثباتُها بالشك، ولا تستبيح الأزواجَ بالشك.

ـ وأما إذا اغتسلت بسؤر حمارٍ، وتيمَّمت: فلا رجعة عليها، ولا تَحِل للأزواج؛ لأن سؤر الحمار مشكوكٌ فيه، فإن كان طاهراً: انقطعت الرجعة، وحلَّت للأزواج، وإن كان نجساً: بقيت الرجعة، ولم تَحِلَّ للأزواج، فاعتُبر الاحتياط في الحيثيتين، فقالوا تنقطع الرجعة، ولا تحل للأزواج.

* قوله: (والمطلَّقةُ الرجعية تتشوَّف وتتزيَّن)؛ لأنها حلالٌ للزوج، إذ

ويستحبٌّ لزوجها أن لا يدخل عليها حتىٰ يُؤْذِنَها، أو يُسْمِعَها خَفْقَ نَعْله.

النكاح قائمٌ بينهما، ثم الرجعة مستحبةٌ، والتزيُّن حامِلٌ عليها.

ـ وقوله: تتشوَّف: أي تنظر وتتطاول؛ كي يراها الزوج.

* قوله: (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتىٰ يُؤْذِنها)، يعني بالتنحنح، وما أشبهه.

* قوله: (أو يُسمِعَها خَفْقَ نعليه).

ـ هذا إذا لم يكن قصدُه المراجعةَ؛ لأنها ربما تكون متجرِّدةً، فيقع بصره علىٰ موضعٍ يصير به مراجعاً، ثم يطلِّقها، فتطول عليها العدة.

وقد نهىٰ الله تعالىٰ عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾. البقرة/٢٣١، نزلت هذه الآية في ثابت بن يسارٍ الأنصاري، طلَّق امرأته حتىٰ إذا انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثة، وكادت تبِيْن منه: راجعها، ثم طلقها، ففعل بها مثل ذلك، حتىٰ مضت عليها سبعة أشهر؛ مضارَّةً لها بذلك[1].

وكان الرجل إذا أراد أن يُضارَّ امرأته: طلَّقها، ثم يتركها حتىٰ تحيض الحيضةَ الثالثة، ثم راجعها، ثم طلَّقها، فتطول عليها العدة، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾. البقرة/٢٣١ الآية.

---

(١) ينظر تفسير ابن جرير الطبري (جامع البيان) آية ٢٣١ البقرة.

والطلاقُ الرجعي لا يُحرِّم الوطء.

ومعناها: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ تطليقةً أو تطليقتين، ﴿ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾: أي قارَبْن وقتَ انقضاء العدة، ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾: أي أمسكوهن بالرجعة علىٰ أحسن الصحبة، لا لتطويل العدة، ﴿ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾: أي اتركوهن حتىٰ تنقضيَ عدتهن، ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا ﴾: أي ولا تحبسوهن مضارَّةً لهن بتطويل العدة؛ ﴿لِّتَعْتَدُواْ﴾ عليهن، أي تظلموهن بذلك.

ـ وليس له أن يسافر بها حتىٰ يُشهِد علىٰ رجعتها؛ لقوله تعالىٰ ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾. الطلاق/١، نزلت في المعتدات من الرجعي.

ـ فإن قيل: الرجعة تصح بدلالة فعلٍ يختص بالنكاح، فلمَ لا تكون المسافَرَةُ بها رجعةً؟

قلنا: المسافَرةُ لا تكون أعظم من السكنىٰ معها في منزلٍ واحد، وذلك لا يكون رجعةً، فكذا المسافَرةُ بها.

* قوله: (والطلاق الرجعي لا يُحرِّم الوطءَ).

وقال الشافعي[1]: يحرِّمه.

وفائدته: في وجوب المهر بالوطء، فعندنا: لا يجب، وعنده: يجب إذا وطئها قبل أن يراجعها.

---

(١) حاشية عميرة علىٰ كنز الراغبين ٣/٣٥٨.

وإذا كان الطلاقُ بائناً دون الثلاث : فله أن يتزوجها في عدتها، وبعد انقضاء عدتها.

وإذا كان الطلاقُ ثلاثاً في الحرة، أو اثنتين في الأمة : لم تَحِلَّ له حتىٰ تنكح زوجاً غيرَه نكاحاً صحيحاً، ويدخلَ بها، ثم يطلِّقَها، أو يموتَ عنها.

لنا: أن الطلاق الرجعي لا يُزيل الملك، ولا يرفع العقد؛ بدليل أن له مراجعتها من غير رضاها، ويَلحقُها الظهارُ والإيلاءُ واللعانُ، ولهذا لو قال: نسائي طوالق: دخلت في جملتهن وإن لم ينوها.

* قوله: (وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث: فله أن يتزوجها في عدتها، وبعد انقضاء عدتها)؛ لأن حِلَّ المحلية باقٍ؛ لأن زواله معلَّقٌ بالطلقة الثالثة، فينعدم قبله.

ـ وله مَنْع الغير في العدة؛ لاشتباه النسب، ولا اشتباهَ في إطلاقه له.

* قوله: (وإذا كان الطلاق ثلاثاً في الحرة، أو اثنتين في الأمة: لم تَحِلَّ له حتىٰ تنكحَ زوجاً غيرَه نكاحاً صحيحاً، ويدخلَ بها، ثم يطلقَها، أو يموتَ عنها)، المراد بالدخول: الوطء حقيقةً.

ـ وثبت شرطُ الوطء بإشارة النص، وهو أن يُحمَل النكاح علىٰ الوطء؛ حملاً للكلام علىٰ الإفادة، دون الإعادة، إذ العقد قد استُفيد بإطلاق اسم الزوج.

. . . .

أو يزاد علىٰ النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تَحِلُّ للأول حتىٰ تذوقَ عسيلةَ الآخر»[1].

ولا خلاف لأحدٍ من العلماء في هذا، سوىٰ سعيد بن المسيب.

وقولُه غيرُ معتبرٍ، حتىٰ لو قضىٰ به القاضي: لا ينفذ قضاؤه.

وروي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم سئل وهو علىٰ المنبر عن رجل طلَّق امرأته ثلاثاً، فتزوجها غيرُه، فأغلق البابَ، وأرخىٰ السِّتْر، وكشف الخمار، ثم فارقها، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تحلُّ للأول حتىٰ تذوق عسيلة الآخر».

ـ واحتج ابنُ المسيَّب بظاهر قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾. البقرة/٢٣٠.

قلنا: لا حُجَّةَ له؛ لأن الله تعالىٰ لمَّا ذكر النكاحَ والزوجَ: دلَّ علىٰ اعتبار أمرين، ولو كان يكفي أحدُهما: لاقتصر عليه.

ـ ثم الشرط في الوطء هو: الإيلاج، دون الإنزال؛ لأن الإنزال كمالٌ ومبالَغةٌ، والكمال قيدٌ، والنصُّ مطلَقٌ.

ـ وسواء وطئها الزوج الثاني في حيضٍ أو نفاسٍ أو صومٍ أو إحرامٍ، فإنها تحل بذلك الوطء، بعد أن يكون النكاحُ صحيحاً.

---

(١) صحيح البخاري (٥٢٦٠)، صحيح مسلم (١٤٣٣)، وتنظر رواياته الكثيرة في تخريج أحاديث أصول البزدوي، للعلامة قاسم بن قطلوبغا، بتحقيقي ص ١١٣.

والصبيُّ المراهِقُ في التحليل : كالبالغ.

ـ ولو كان الزوج الثاني عبداً أو مدبَّراً أو مكاتباً تزوج بإذن مولاه، ودخل بها: حلَّت للأول.

ـ ولو طلَّقها ثلاثاً، فتزوجت زوجاً آخر، فطلقها ثلاثاً قبل أن يدخل بها، فتزوجت بزوجٍ ثالثٍ، فدخل بها: حلَّت للأوَّلَيْن. كذا في «الكرخي».

ـ مسألة: المطلقة ثلاثاً إذا كانت مُفْضاةً[1]، فتزوجت بزوجٍ آخر، ودخل بها الثاني: لا تحل للأول ما لم تحبل؛ لاحتمال أن يكون الوطء حصل في الدبر، فإذا حبلت: عَلِمْنا أن الوطء حصل في القُبُل.

ـ وقد نَظَمَ الفقيه الأجلُّ سراجُ الدين أبو بكر بن علي بن موسىٰ الهاملي[2] رحمه الله في ذلك نظماً جيداً، فقال:

وفي المُفـضاة مسـألةٌ عجيبَه لـدىٰ مَن ليس يعرفُـها غريبَه
إذا حَرُمت علىٰ زوجٍ وحلَّت لشـانٍ نـال مـن وطءٍ نصيـبَه
فطلَّـقها فلم تحـبـل فليـست حـلالاً للقـديـم ولا خـطيبَه
لشـكٍّ أن ذاك الـوطءَ مـنـها بـفـرجٍ أو شَـكِـيْلتـه القريبه
فإن حَبِلتْ فقد وُطئت بفرجٍ ولم تَبق الشـكوكُ لنـا مُـريبَه

* قوله: (والصبيُّ المراهِق في التحليل: كالبالغ).

---

(١) أفضىٰ المرأةَ: جعل مَسْلكيها بالافتضاض واحداً، فهي مفضاةٌ. القاموس المحيط (فض)، المصباح المنير (فضي).

(٢) وهو شيخ المؤلف.

ووطءُ المَوْلىٰ أمتَه: لا يُحلِّلُها.

معناه: إذا كانت آلتُه تتحرك، ويشتهي.

ـ ويجب علىٰ المرأة الغُسلُ بوطئه؛ لالتقاء الختانين، وهو سببٌ لنزول مائها، وأما الصبي: فلا غُسلَ عليه وإن كان يُؤمر به؛ تخلُّقاً.

ـ وإن كان الزوج الثاني مسلولاً، ينتشر ويجامع: حلَّت منه؛ لأنه توجد منه المخالطة، وإنما يُعدَم منه الإنزال، وهو ليس بشرط، فصار كالفحل إذا جامع ولم يُنزل.

والمسلول هو: الذي خُلِست أنثياه.

ـ وأما المجبوب: فإن وطأه لا يُحِلُّها للأول؛ لأنه لم يوجد منه إلا الملاصقة، والإباحةُ إنما تحصل بالتقاء الختانين.

ـ فإن حَمَلَت من المجبوب، وولدت: حلَّت للأول، وكانت مُحصَنَةً عند أبي يوسف.

وقال زفر والحسن: لا تحِلُّ للأول، ولا تكون مُحصَنَةً.

* قوله: (ووطءُ المَوْلىٰ أمتَه لا يُحِلُّها له).

لأن الله تعالىٰ شَرَطَ أن يكون الوطءُ من زوجٍ، والمولىٰ ليس بزوجٍ، والوطء في النكاح الفاسد لا يُحلُّها للأول.

ـ وقد قالوا في الأمة إذا اشتراها الزوج وقد طلَّقها اثنتين: لم يحل له وطؤها بملك اليمين حتىٰ تتزوج غيرَه، ويدخل بها.

وإذا تزوجها بشرط التحليل: فالنكاحُ جائزٌ لكنه مكروهٌ.

ـ وكذا لو أُعتقت، فأراد أن يتزوجها: لم يكن له ذلك؛ لأن الطلاق أوجب تحريماً لا يرتفع إلا بوطء الزوج.

ـ ولو تزوج امرأةً نكاحاً فاسداً، وطلقها ثلاثاً: جاز له أن يتزوجها ولو لم تنكح زوجاً غيرَه.

* قوله: (وإذا تزوجها بشرط التحليل: فالنكاحُ مكروهٌ[1])؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلِّل والمحلَّل له»[2].

وقال صلىٰ الله عليه وسلم: «ألا أنبئكم بالتيس المستعار، قيل مَن هو؟ قال المحلِّل»[3]، وهذا يفيد الكراهة.

وصورته: أن يقول: تزوجتُك علىٰ أن أُحلِّلَكِ، أو قالت المرأة ذلك، أما إذا أضمر الثاني في قلبه الإحلالَ للأول، ولم يشترطه في العقد لفظاً ودخل بها: حلَّت للأول، إجماعاً، كذا في «المصفىٰ».

ـ وقوله: فالنكاح مكروه: يعني للثاني والأول.

---

(١) هكذا في نسخ الجوهرة، وكذلك في نسخ القدوري، وفي نسخة القدوري ٨٤٠هـ زيادة: فالنكاح جائزٌ لكنه مكروه.

(٢) سنن الترمذي (١١١٩)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٢٠٧٦)، سنن ابن ماجه (١٩٣٥).

(٣) سنن ابن ماجه (١٩٣٦)، ونقل في نصب الراية ٣/٢٣٩ عن عبد الحق أن إسناده حسن.

فإن طلقها بعد ما وطئها : حلَّت للأول.

وإذا طلق الرجلُ الحرةَ تطليقةً، أو تطليقتين، وانقضت عدتُها، وتزوجت بزوجٍ آخر، ودخل بها، ثم عادت إلىٰ الأول : عادت إليه بثلاث تطليقات.

ويَهدِمُ الزوجُ الثاني ما دون الثلاث من الطلاق، كما يَهدِمُ الثلاثَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد : لا يهدم الزوجُ الثاني ما دون الثلاث.

---

* قوله: (فإن طلقها بعد ما وطئها: حلَّت للأول)، هذا عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: النكاح فاسدٌ؛ لأنه في معنىٰ المؤقت، ولا تحل للأول؛ لفساده.

وقال محمد: النكاح صحيحٌ، ولا تحل للأول؛ لأنه استَعجل ما أخَّره الشرع، فيُجازىٰ بمنع مقصوده، كما في قتل المورِّث.

[مسألة الهدم في الطلاق :]

* قوله: (وإذا طلق الحرةَ تطليقةً أو تطليقتين، وانقضت عدتها، وتزوجت زوجاً آخر، ودخل بها، ثم عادت إلىٰ الأول: عادت بثلاث تطليقات، ويَهدِمُ الزوجُ الثاني ما دون الثلاث، كما يهدم الثلاثَ عندهما.

وقال محمد: لا يهدم ما دون الثلاث)، وبه قال الشافعي[1].

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٩٣.

وإذا طلقها ثلاثاً، فقالت : قد انقضت عِدَّتي، وتزوَّجتُ بزوجٍ آخرَ، ودَخَلَ بيَ الزوجُ الثاني، وطلَّقني، وانقضت عدتي، والمدةُ تحتمل ذلك : جاز للزوج الأولِ أن يُصدِّقها إذا كان في غالب ظنِّه أنها صادقةٌ في ذلك، ويتزوجَ بها.

---

* قوله: (وإذا طلَّقها ثلاثاً، فقالت: قد انقضت عدتي، وتزوجتُ بزوجٍ آخرَ، ودخل بي الزوجُ الثاني، وطلَّقني، وانقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك: جاز للزوج الأول أن يُصدِّقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقةٌ في ذلك، ويتزوج بها).

ـ إنما ذكره هكذا مطوَّلاً؛ لأنها لو قالت: حللتُ لك، فتزوَّجَها، ثم قالت: إن الثاني لم يدخل بي: إن كانت عالمةً بشرط الحِلِّ للأول: لم تُصدَّق، وإن لم تكن عالمةً به: صُدِّقت.

ـ وأما إذا ذكرَتْه مطوَّلاً، كما ذكر الشيخ: فإنها لا تُصدَّق علىٰ كل حال.

ـ وفي «المبسوط»[1]: لو قالت: حللتُ لك: لا تحلُّ له ما لم يَستفسرها.

ـ وإن تزوجها ولم يسألها، ولم تُخبِره بشيء، ثم قالت: لم أتزوج زوجاً آخر، أو تزوجتُ ولم يدخل بي: فالقول قولُها: ويفسد النكاح.

ـ وفي «الفتاوىٰ»: إذا كانت ممن تَعرف شرائطَ الحِلِّ: فدخولها في العقد اعترافٌ بانقضاء العدة.

---

(١) ١٠/ ١٨٠.

. . . .

ـ ولو أن الزوج الثاني أنكر الدخولَ، وادَّعت هي الدخول: فالقول قولها.

ـ وإن كان هو الذي أقرَّ بالدخول، وهي تُنكر: لم تحلَّ للأول، ولا يُصدَّق الثاني عليها، ولا يُلتفت إلىٰ قوله أنه دخل بها. كذا في «الينابيع»، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الإيلاء

إذا قال الرجلُ لامرأته : والله لا أقْرَبُكِ، أو : لا أَقْرَبُكِ أربعةَ أشهرٍ : فهو مُوْلٍ.

كتاب الإيلاء

هو في اللغة: اليمين.

وفي الشرع: عبارةٌ عن اليمين علىٰ تَرْك وطءِ الزوجة في مدةٍ مخصوصةٍ.

والإيلاءُ: ممدودٌ؛ لأنه مصدر: آلىٰ، إيلاءً.

والمُولي: مَن لا يُمكنه قُربان امرأته في المدة إلا بشيءٍ يلزمه بسبب الجماع في المدة.

* قال رحمه الله: (إذا قال الزوجُ لامرأته: والله لا أقربُك، أو: والله لا أقربك أربعةَ أشهر: فهو مُوْلٍ).

ـ وإن قال: والله لا أقربك وأنت حائضٌ: لا يكون مولياً؛ لأنه ممنوعٌ من وطئها من غير يمين، فلم يكن المنعُ مضافاً إلىٰ اليمين.

ـ وإنما قال: لا أقربُك، ولم يقل: لا أطؤك؛ لأن القُربان عبارة عن

. . . .

الوطء، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾. البقرة/٢٢٢، وأراد به الجماعَ.

ـ فإن قال: لم أُرِد به الجماعَ: لم يُصدَّق في القضاء، ويُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

ـ وكذا لو قال: والله لا أجامعك، أو لا أباضعك، أو لا أطؤك، أو لا أغتسل منك من جنابة، وقال: لم أُرِد به الجماعَ: لم يُصدَّق في القضاء، ويُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

ـ وإن قال: والله لا أَمَسُّك، أو لا يجتمع رأسي ورأسُك، أو لا أدنو منك، أو لا أدخل عليك، أو لا أقرب فراشَك، أو لا يمسُّ جلدي جلدَك، فإن في هذه الألفاظ إذا قال: لم أُرِد به الجماعَ: صُدِّق قضاءً وديانةً؛ لأنها تحتمل الجماعَ وغيرَه.

ـ فإن قال: نويت بها الجماعَ: كان مولياً.

ـ وكذا إذا حلف لا يأتيها، أو لا يغشاها: إن نوىٰ الجماعَ: كان مُوْلياً، وإلا: فلا.

ـ وينعقد الإيلاء بكل لفظةٍ ينعقد بها اليمينُ، كقوله: والله، وبالله، وتالله، وعظمةِ الله، وجلالِه، وكبريائه.

ـ ولا ينعقد بما لا تنعقد به اليمين، كقوله: وعلمِ الله لا أقربُك، وعليَّ غضب الله وسخطُه إن قربتُك.

. . . .

ـ وإن جعل للإيلاء غايةً: إن كان لا يُرجىٰ وجودُها في مدة الإيلاء: كان مولياً، كما إذا قال: والله لا أقربك حتىٰ أصوم المحرَّمَ، وهو في رجب، أو لا أقربك إلا في مكان كذا، وبينه وبينه مسيرة أربعة أشهر، فصاعداً، فإنه يكون مولياً، وإن كان أقلَّ: لم يكن مولياً.

ـ وكذا إذا قال: حتىٰ تَفطمي طفلَك، وبينها وبين الفِطام أربعة أشهر، فصاعدا، وإن كان أقلَّ: لم يكن مولياً.

ـ وإن قال: لا أقربُك حتىٰ تطلع الشمس من مغربها، أو حتىٰ تخرج الدابة، أو الدجال:

كان القياس أن لا يكون مولياً؛ لأنه يُرجىٰ وجود ذلك ساعةً فساعة.

وفي الاستحسان يكون مولياً؛ لأن هذا اللفظ في العرف والعادة إنما يكون للتأبيد.

ـ وكذا إذا قال: حتىٰ تقوم الساعة، أو حتىٰ يَلِجَ الجملُ في سَمِّ الخياط: فإنه يكون مولياً.

ـ وإن كان يُرجىٰ وجودُه في المدة لا مع بقاء النكاح: فإنه يكون مولياً أيضاً، مثل أن يقول: والله لا أقربك حتىٰ تموتي، أو تُقتَلي، أو حتىٰ أموت، أو أُقتل، أو حتىٰ أطلِّقك ثلاثاً: فإنه يكون مولياً، إجماعاً.

ـ وكذا إذا كانت أمةً فقال لا: أقربك حتىٰ أملِكَك، أو أملكَ شِقصاً منك: يكون مولياً.

. . . .

ـ وإن قال: حتىٰ أشتريَك: لا يكون مولياً؛ لأنه قد يشتريها لغيره، ولا يفسد النكاح.

ـ ولو قال: حتىٰ أشتريَكِ لنفسي: لا يكون مولياً أيضاً؛ لأنه ربما يشتريها لنفسه شراءً فاسداً.

ـ وإن قال: حتىٰ أشتريَك لنفسي، وأقبضَك: كان مولياً.

ـ وإن كان يرجىٰ وجودُه مع بقاء النكاح: كان مولياً أيضاً، مثل أن يقول: إن قربتُك فعبدي حرٌّ، أو فامرأتي الأخرىٰ طالقٌ، أو فأنت طالق: فإنه يكون مولياً.

ـ وكذا إذا قال: فعليَّ عِتْقُ رقبةٍ، أو الحجُّ، أو العمرةُ.

ـ وإن قال: فعليَّ أن أصليَ ركعتين، أو أغزوَ: لا يكون مولياً عندهما.

وقال محمد: يكون مولياً.

ـ وإن جعله غايةً، فقال: حتىٰ أُعتِق عبدي، أو حتىٰ أُطلق امرأتي: كان مولياً عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً.

ـ وإن قال: والله لا أقربُك سنةً إلا يوماً: لا يكون مولياً.

وقال زفر: يكون مولياً؛ لأن اليوم المستثنىٰ يُجعل في آخر المدة، كما لو قال: إلا نقصان يوم.

فإن وطئها في الأربعة الأشهر : حَنِثَ في يمينه، ولزمته الكفارةُ، وسقط الإيلاء .

وإن لم يَقْرَبها حتىٰ مضت أربعةُ أشهرٍ : بانت منه بتطليقة واحدة .

فإن كان حَلَفَ علىٰ أربعةِ أشهر : فقد سقطت اليمين .

ولنا: أنه لما استثنىٰ يوماً غيرَ معيَّنٍ: صار كلُّ يوم في السنة كأنه المستثنىٰ، ألا ترىٰ أنه لو قال: صمتُ في هذه السنة يوماً: احتمل أن يكون ذلك اليوم في ابتدائها، وأثنائها، وآخرها.

وأما إذا قال: إلا نقصان يوم: كان مولياً؛ لأن النقصان يكون في آخر المدة؛ لأنه عبارةٌ عما بقي.

* قوله: (فإن وطئها في الأربعة الأشهر: حنث في يمينه، ولزمته الكفارةُ، وسقط الإيلاء)؛ لأن اليمين ترتفع بالحنث.

* قوله: (وإن لم يَقْرَبْها حتىٰ مضت أربعةُ أشهر: بانت منه بتطليقة واحدةٍ)؛ لأنه ظَلَمها بمنع حقِّها، فجازاه الشرعُ بزوال نعمة النكاح عند مضيٍّ هذه المدة، وهو المأثور عن عثمان وعليٍّ والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت[1].

* قوله: (فإن كان حلف علىٰ أربعة أشهر: فقد سقطت اليمين)؛ لأنها كانت مؤقتةً بها، فزالت بانقضائها.

---

(١) ينظر مصنف عبد الرزاق ٦/٤٥٣، سنن البيهقي ٧/٣٧٨.

وإن كان حَلَفَ علىٰ الأبد : فاليمين باقيةٌ، فإن عاد فتزوجها ثانياً : عاد الإيلاء .

فإن وطئها : لزمته الكفارةُ، وإلا : وقعت بمضيٍّ أربعة أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ .

فإن تزوجها عاد الإيلاءُ، ووقعت عليها بمضيٍّ أربعة أشهر تطليقةٌ أخرىٰ .

فإن تزوجها بعد زوجٍ آخر : لم يقع بذلك الإيلاء طلاقٌ، واليمينُ باقيةٌ، وإن وطئها : كَفَّرَ عن يمينه .

---

* قوله: (وإن حلف علىٰ الأبد: فاليمينُ باقيةٌ)؛ لأنها مطلَقةٌ، ولم يوجد الحِنْث، إلا أنه لا يتكرر الطلاقُ قبل التزويج؛ لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة؛ لأن البائن لا حقَّ لها في الوطء.

* قوله: (فإن عاد فتزوجها ثانياً: عاد الإيلاء)؛ لأن اليمين باقية، (فإن وطئها: لزمته الكفارةُ، وإلا: وقعتْ بمضيٍّ أربعة أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ)، فيُعتبر ابتداءُ هذا الإيلاء من حين التزويج.

(فإن تزوَّجها ثالثاً: عاد الإيلاء، ووقعت عليها بمضيٍّ أربعة أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ) إن لم يقربها؛ لأن اليمين باقيةٌ ما لم يحنث فيها.

* قوله: (فإن تزوجها بعد زوجٍ آخرَ: لم يقع بذلك الإيلاء طلاقٌ)؛ لتقييده بطلاق هذا الملك، والآن قد استفاد طلاقاً لم يكن في ملكه يومَ اليمين، ولا أضاف يمينَه إليه.

* قوله: (واليمين باقيةٌ)؛ لعدم الحنث

* قوله: (فإن وطئها: كفَّر عن يمينه)؛ لوجود الحنث.

وإن حلف علىٰ أقلَّ من أربعة أشهر: لم يكن مُوْلِياً.

وإن حلف بحجٍّ، أو بصومٍ، أو بصدقةٍ، أو بعتقٍ، أو بطلاقٍ: فهو مُوْلٍ.

---

* قوله: (وإن حلف علىٰ أقلَّ من أربعة أشهر: لم يكن مولياً)؛ لأنه يَصِلُ إلىٰ جماعها في تلك المدة من غير حنثٍ يلزمه؛ فلهذا لم يكن مولياً.

ـ وإن قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين: كان مولياً.

ـ وإن قال: والله لا أقربك شهرين، ومكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأوَّلين: لم يكن مولياً؛ لأن الثاني إيجاب مبتدأٌ، وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأُولىٰ بشهرين، وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه، فلم تتكامل مدة المنع.

ـ وكذا إذا قال: والله لا أقربك شهرين، ومكث ساعةً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين: لم يكن مولياً؛ لما ذكرنا.

ـ وإن قال: والله لا أقربك شهرين ولا شهرين: لم يكن مولياً؛ لأنه عند إعادة حرف النفي: صار الثاني إيجاباً آخرَ، وإذا كان كذلك: صارا أجلَيْن، فتداخلا، ألا ترىٰ أن مَن قال: والله لا أكلِّم فلاناً يوماً ولا يومين: أن اليمين ينقضي بيومين. كذا في «النهاية».

* قوله: (وإن حَلَفَ بحجٍّ أو صومٍ أو صدقةٍ أو عتقٍ أو طلاقٍ: فهو مولٍ)؛ لتحقُّق المنع باليمين، وهو ذِكْرُ الشرط والجزاءِ، وهذه الأجزية مانعةٌ؛ لِمَا فيها من المشقة.

. . . .

ـ أما الحجُّ: فإنه يلزمه لأجله مالٌ في الغالب.

ـ وكذا لو حلف بعمرةٍ أو هَدْيٍ؛ لأن العمرة يُحتاج في أدائها إلىٰ مال، والهديُ من جملة الكفارات.

ـ وكذا الصوم من موجب الكفارات.

ـ وكذا الصدقة والعتق والاعتكاف؛ لأنه لا يصح إلا بالصوم.

ـ وإن قال: إن قربتُك فللَّه عليَّ صوم شهر كذا:

إن كان ذلك الشهر يمضي قبل مضيٍّ أربعة أشهر: فليس بمول؛ لأنه إذا مضىٰ: أمكنه الوطء في المدة من غير شيءٍ يلزمه.

وإن كان لا يمضي إلا بعد أربعة أشهر: فهو مولٍ؛ لأنه لا يَتوصل إلىٰ وطئها في المدة إلا بصيام يلزمه.

ـ وأما إذا حلف بطلاق: فإنه لا يَتوصَّل إلىٰ وطئها إلا بمعنىً يلزمه من أحكام اليمين.

ـ وكذا إذا حلف بظهارٍ: كان مولياً.

ـ وإن حلف بصلاة: لم يكن مولياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمدٌ والحسنُ وزفرُ: يكون مولياً؛ لأن الصلاة يصح إيجابها بالنذر، فصارت كالحج والصوم.

. . . .

ولهما: أن الصلاة ليست من أحكام الأيمان، ولا يلزمُه لأجلها مالٌ في الغالب، فصار كمن حلف بصلاةٍ الجنازة أو سجدة التلاوة.

ـ وهذا كلُّه في حق المسلم، أما الذمي: فلا يصح إيلاؤه بالحلف بالحج والصوم والصدقة والاعتكاف؛ لأنه ليس من أهلها.

ـ وأما إذا آلىٰ باسمٍ من أسماء الله: فإنه يكون مُولياً عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

ـ وإن حلف بطلاقٍ أو عتاقٍ: يكون مولياً، بالإجماع.

وصورة الحلف بالصوم: أن يقول: إن قربتُك فللَّه عليَّ صوم شهر.

أما إذا قال: هذا الشهر: لا يكون مولياً، ولا يلزمه شيءٌ.

وصورة الحلف بالحج: أن يقول: إن قربتُك فللِّه عليَّ حجةٌ.

وصورة الحلف بالصدقة: أن يقول: إن قربتُك فلله عليَّ صدقةٌ كذا.

وصورتُه في العتق والطلاق: هو أن يقول: إن قربتُك فعليَّ عِتْقُ رقبة، أو عِتْقُ عبدي هذا، وفي الطلاق: إن قربتُك فأنت طالقٌ، أو فلانةٌ طالقٌ زوجةٌ له أخرىٰ.

ـ وفي مسألة تعيين الطلاق والعتاق يُشترط بقاء المحلوف عليه في ملكه إلىٰ أن تَمضيَ المدةُ، حتىٰ لو باع العبدَ، أو مات قبل مضيٍّ المدة: سقط الإيلاءُ.

ثم إذا عاد إلىٰ ملكه بوجهٍ من الوجوه قبل القُربان: انعقد الإيلاء.

وإن آلىٰ من المطلقة الرجعية : كان مولياً .

وإن آلىٰ من البائنة : لم يكن مولياً .

ـ وإن دخل في ملكه بعد القُربان: لا ينعقد الإيلاء، مثاله: إذا قال: إن قربتُك فعبدي هذا حرٌّ، ثم باعه: سقط الإيلاء؛ لأنه لا يلزمه بالقُربان شيءٌ، ثم إذا عاد إلىٰ ملكه قبل القُربان: انعقد الإيلاء، وإن دخل في ملكه بعد القربان: لا ينعقد.

ـ وإن قال: إن قربتُك فعبداي هذان حُرَّان، فمات أحدُهما، أو باع أحدَهما: لا يبطل الإيلاء؛ لأنه يلزمه بالقُربان عِتْقُ الباقي.

وإن ماتا جميعاً، أو باعهما جميعاً معاً، أو علىٰ التعاقب: بطل الإيلاء.

فإن دخل أحدُهما في ملكه بوجهٍ من الوجوه قبل القُربان: انعقد الإيلاء، ثم إذا دخل الآخرُ في ملكه: انعقد الإيلاء من وقت دخول الأول.

ـ وإن قال: إن قربتُك فعليَّ نَحْرُ ولدي: فهو مُوْلٍ.

وقال زفر: لا يكون مولياً.

وهذا فرعٌ علىٰ أن هذا النذرَ يوجِبُ ذَبْحَ شاةٍ، وذلك من جملة الكفارات.

* قوله: (**وإن آلىٰ من المطلَّقة الرجعية: كان مولياً**)؛ لأن الزوجية بينهما قائمةٌ، فإن انقضت عدتُها قبل انقضاء مدة الإيلاء: سقط الإيلاء؛ لفوات المَحَلِّية.

* قوله: (**وإن آلىٰ من البائنة: لا يكون مولياً**)؛ لأن البائن لا حقَّ لها في الوطء، فلم يكن مانعاً حقَّها، بخلاف الرجعية، فإن لها حقاً في الوطء؛ لأنها زوجةٌ.

. . . .

ـ وإذا آلىٰ من امرأته، ثم أبانها، فمضت أربعةُ أشهرٍ وهي في العدة: وقعت أخرىٰ بالإيلاء؛ لأن ابتداءَ الإيلاء كان وهي زوجةٌ، فصح الإيلاء، فإذا أبانها: فالمبتوتةُ تَلحقُها البينونة بعقدٍ سابقٍ وإن كان لا يلحقها ابتداءً. كذا في «الكرخي».

ـ ولو آلىٰ من امرأته في مجلسٍ واحدٍ ثلاثَ مرات، فقال: والله لا أقربُك، والله لا أقربُك، والله لا أقربُك:

إن أراد التكرار: فالإيلاء واحدٌ، واليمينُ واحدةٌ.

وإن لم تكن له نيةٌ: فالإيلاءُ واحدٌ، واليمين ثلاثٌ.

وإن أراد التغليظَ والتشديدَ: فالإيلاءُ واحدٌ، واليمينُ ثلاثٌ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حتىٰ إذا مضت أربعةُ أشهر، ولم يقرَبْها: بانت بتطليقة، وإن قَرُبَها: وجبت عليه ثلاثُ كفارات.

وقال محمدٌ وزفر: الإيلاءُ ثلاثٌ، واليمينُ ثلاثٌ، والإيلاء الأول ينعقد حينما يلفظ بالأول، والثاني حينما يلفظ بالثاني، والثالث حينما يلفظ بالثالث.

فإذا مضت أربعةُ أشهر، ولم يقرَبْها: بانت بتطليقة، فإذا مضت ساعة: بانت بأخرىٰ، فإذا مضت ساعةٌ: بانت بأخرىٰ[1].

وإذا قربها: وجبت عليه ثلاث كفارات.

---

(١) هذه الجملة الأخيرة: فإذا مضت...: مثبتة في نُسخ، دون أخرىٰ.

ومدةُ إيلاء الأمة : شهران.

ـ وأجمعوا أنه إذا آلىٰ من امرأته في ثلاث مجالسٍ: فالإيلاء ثلاثٌ، واليمين ثلاثٌ.

ـ ثم الإيلاء علىٰ أربعة أوجه:

١ـ إيلاء واحدٌ، ويمينٌ واحدةٌ، كقوله: والله لا أقربك.

٢ـ وإيلاءان ويمينان، وهو إذا آلىٰ من امرأته في مجلسين، أو قال: إذا جاء غدٌ فوالله لا أقربك، وإن جاء بعد غدٍ فوالله لا أقربك.

٣ـ وإيلاءٌ واحدٌ ويمينان، وهي مسألة الخلاف: إذا قال في مجلس واحد: والله لا أقربك، والله لا أقربك، وأراد به التغليظَ: فالإيلاء واحدٌ، واليمين ثنتان عندهما، حتىٰ إذا مضت أربعة أشهر، ولم يقربْها: بانت بواحدة، وإن قَرُبَها: وجب كفارتان.

وقال محمد وزفر: الإيلاء اثنان، واليمين ثنتان.

٤ـ وإيلاءان، ويمينٌ واحدةٌ، وهو: إذا قال لامرأته: كلما دخلت هذين الدارين فوالله لا أقربك، فدخلت إحداهما دخلتَيْن، أو دخلتهما جميعاً دخلةً واحدة: فهو إيلاءان، ويمينٌ واحدةٌ، فالأول ينعقد عند الدخلة الأولىٰ، والثاني عند الدخلة الثانية.

* قوله: (ومدةُ إيلاءِ الأمة: شهران)، وذلك نصف مدة إيلاء الحرة.

ـ فإن أُعتقت في مدة الإيلاء: تصير مدتها أربعة أشهر، ولو آلىٰ منها، ثم طلقها، ثم أعتقت: تكون عدتها عدةَ الإماء، ومدةُ إيلائها مدةَ الحرائر.

فإن كان المُولِي مريضاً لا يقدر علىٰ الجماع، أو كانت المرأةُ مريضةً، أو كانت بينهما مسافةٌ لا يَقدر أن يَصِلَ إليها في مدة الإيلاء : ففَيْئُه أن يقول بلسانه : فِئْتُ إليها، فإذا قال ذلك : سَقَط الإيلاء.

قال الخُجَندي: إذا طلَّقها طلاقاً بائناً، ثم أُعتقت في العدة: لا تتحول عدتُها إلىٰ عدة الحرائر.

وإن طلقها رجعياً، ثم أُعتقت في العدة: تحولت إلىٰ عدة الحرائر.

ـ والعبدُ في الإيلاء: كالحر، وإنما يُنظر إلىٰ الزوجة: إن كانت أمةً: فمدتُها شهران، وإن كانت حرةً: فأربعةُ أشهر.

* قوله: (وإن كان المُوْلي مريضاً لا يقدر علىٰ الجماع، أو كانت المرأةُ مريضةً)، أو رتقاءَ، أو صغيرةً لا يُجامَع مثلُها، (أو كانت بينهما مسافةٌ لا يَقدِر أن يَصِلَ إليها في مدة الإيلاء: ففَيْئُه أن يقول بلسانه: فِئْتُ إليها، فإذا قال ذلك: سقط الإيلاءُ).

والأصل: أن الفيء: هو الرجوع، ومنه: فاء الظِّلُّ: إذا رجع.

فلما كان الزوج بترك الوطء في المدة مانعاً لها من حقِّها: جُعل رجوعُه عن ذلك فيئاً.

والفيءُ يختصُّ بالمدة، بدليل قراءة ابن مسعود: ﴿فَإِن فَآءُو فِيهِنَّ﴾[1].

ـ والفيءُ عندنا: هو الوطء، مع القدرة عليه، فإذا عجز عنه: قام الفيء بالقول مقامَه.

---

(١) ينظر البحر المحيط لأبي حيان ٢/١٨٢.

. . . .

وعند الشافعي[١]: لا فيء إلا بالجماع.

ـ ثم العجز علىٰ ضربين: ١ـ عجزٌ من طريق المشاهدة: مثل أن يكون مريضاً لا يقدر علىٰ الجماع، أو هي كذلك، أو تكون بينهما مسافةٌ لا يقدر علىٰ إتيانها إلا بعد مضيِّ المدة، أو تكون صغيرةً لا يُجامَع مثلُها، أو رَتْقاءَ، أو يكون هو مجبوباً، أو تكون هي محبوسة في موضع لا يقدر عليها، أو ناشزة في موضع لا يقدر عليها: ففيئه في جميع هذا: القولُ.

ـ وإن كان هو محبوساً في موضعٍ لا يمكن أن يُدخِلوها عليه: قال في «الكرخي»: فيئُه: القول.

وفي «الخجندي»: فيئُه: الجماع.

٢ـ والعجز الثاني: من طريق الحكم: مثل أن يكون مُحرِماً، أو صائماً، أو هي كذلك: فهذا فيئُه: الوطء عندنا؛ لأنه قادرٌ عليه.

وعند زفر: بالقول؛ لأن المنعَ منه لحَقِّ الله تعالىٰ، فهو كالمنع من طريق المشاهدة.

ـ وقوله: ففيئُه أن يقول بلسانه: فِئتُ إليها، أو راجعتُها: وعند أبي حنيفة يقول: اشهَدوا أني فئتُ إلىٰ امرأتي، وأبطلتُ إيلاءَها.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٥٠.

وإن صحَّ في المدة: بطل ذلك الفيء، وصار فيئه بالجماع.

وهذا الإشهاد ليس بشرط، وإنما هو احتياطٌ، حتىٰ إذا مضت المدة، وادعىٰ الزوجُ الفيءَ(١)، فكذَّبته: أقام البينةَ.

ـ وإذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة: فالقول قوله؛ لأنه يملك فيها الفيء.

ـ وإن اختلفا بعد مضيها: فالقولُ قولها؛ لأنه يدعي الفيءَ في حالٍ لا يملكُه فيه، ولا يمينَ عليها؛ لأنه مما لا يُستحلَف فيه.

ـ وقولُه: ففيئُه أن يقول بلسانه: فئتُ إليها: هذا إذا آلىٰ وهو مريضٌ، أما إذا آلىٰ وهو صحيحٌ، ثم مرض: ففَيئُه لا يصح إلا بالجماع.

ـ ثم إذا كان فيئُه بالقول: لا يقع الطلاق عليها بمضيِّ المدة.

ـ أما اليمين إذا كانت مطلَقةً: فهي علىٰ حالها، إذا وطئ: لزمته الكفارةُ؛ لأنها لا تَنحلُّ إلا بالحنث، وذلك إنما يقع بفعل المحلوف عليه، فأما القول فليس بمحلوف عليه، فلا تنحلُّ اليمين به.

ـ وإن كانت اليمين مؤقتةً بأربعة أشهر، وفاء فيها، ثم وطئها بعد الأربعة الأشهر: لا كفارةَ عليه.

ـ وقوله: فإذا قال ذلك: سقط الإيلاء: يعني إذا قال: فئْتُ إليها: سقط الإيلاء، أي لا يقع الطلاقُ بمضيِّ المدة، وأما إذا قربُها: كفَّر عن يمينه.

* قوله: (وإن صحَّ في المدة: بطل ذلك الفيءُ، وصار فيئُه الجماعَ).

---

(١) وفي نسخ: القولَ: بدل: الفيء.

وإذا قال لامرأته: أنتِ عليَّ حرامٌ: سئل عن نيته، فإن قال: أردتُ الكذبَ: فهو كما قال.

وإن قال: أردتُ به الطلاقَ: فهي تطليقةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ الثلاثَ.

أي لأنه إذا قدر علىٰ الجماع في المدة: بطل ذلك القول، وصار فيئُه الجماعَ؛ لأنه قَدَرَ علىٰ الأصل قبل حصول المقصود بالخَلَف، كالتيمم مع الماء.

ـ وعلىٰ هذا: إذا طلَّقها بعد الإيلاء طلاقاً بائناً: لم يصحَّ الفيء منه بالقول؛ لأن الفيء بالقول أُقيم مقامَ الوطء؛ لأجل الضرورة، حتىٰ لا تَبِينُ بمضيِّ المدة، وهذا المعنىٰ لا يوجد بعد البينونة.

ـ ثم الفيء بالقول يَرفع المدة، ولا يَرفع اليمين، والفيءُ بالفعل يَرفع المدةَ واليمينَ.

* قوله: (وإذا قال لامرأته: أنتِ عليَّ حرامٌ: سئل عن نيِّته، فإن قال: أردتُ الكذبَ: فهو كما قال).

أي هو كذبٌ، في ظاهر الرواية، ولا يكون إيلاءً؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامَه.

ـ قال في «الينابيع»: وهذا فيما بينه وبين الله تعالىٰ، أما في القضاء: فلا يُصدَّق، ويكون يميناً؛ لأن الظاهر أن الحرام في الشرع يمينٌ.

* قوله: (وإن قال: أردتُ به الطلاقَ: فهي تطليقةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ الثلاثَ)؛ لأن قوله: حرامٌ: كنايةٌ، والكنايةُ يُرجع فيها إلىٰ نيِّته، كما ذكرنا في الطلاق.

وإن قال : أردتُ به الظهارَ : فهو ظِهارٌ .

وإن قال : أردتُ به التحريمَ، أو : لم أُرِدْ به شيئاً : فهو يمينٌ يصير بها مولياً .

---

* قوله: (وإن قال: أردتُ به الظهارَ: فهو ظِهارٌ)، هذا عندهما.

وقال محمد: لا يكون ظهاراً؛ لانعدام التشبيه بالمحارم.

ولهما: أن وَصْفها بالتحريم، وفي الظهار نوعُ تحريمٍ، والمطلَق يُحمَل علىٰ المقيد إذا نواه.

* قوله: (وإن قال: أردتُ به التحريمَ، أو: لم أُرِد به شيئاً: فهو يمينٌ يصيرُ بها مولياً).

لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا، فإن قال: أردتُ التحريمَ: فقد أراد اليمينَ.

ـ وإن قال: لم أُرِد شيئاً: لم يُصدَّق في القضاء؛ لأن ظاهر ذلك اليمينُ، وإذا ثبت أنه يمينٌ: كان بها مولياً.

ـ قال في «الكَرْخي»: إذا قال لها: أنتِ عليَّ حرامٌ، أو قد حرَّمتك عليَّ، أو أنا عليك حرامٌ، أو قد حرَّمتُ نفسي عليك، أو أنتِ محرَّمةٌ عليَّ: فهو كلُّه سواء، يُرجع فيه إلىٰ نيته.

ـ فإن قال: أردتُ الطلاقَ: فهو طلاقٌ.

ـ وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ، وإن نوىٰ واحدةً: فواحدةٌ، وإن نوىٰ ثنتين: فواحدةٌ بائنةٌ.

. . . .

ـ وإن لم تكن له نيةٌ: فهو يمينٌ، وهو مُولٍ: إن تركها أربعة أشهر: بانت بتطليقةٍ.

ـ وإن قال: أردتُ الكذبَ: فليس بشيءٍ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يُصدَّق في نفي اليمين في القضاء.

ـ وإن قال: كلُّ حلالٍ عليَّ حرامٌ: إن نوىٰ جميعَ المباحات: صُدِّق؛ لأنه شدَّد علىٰ نفسه.

ـ وإن نوىٰ الطعامَ دون غيره، أو شراباً، أو لباساً دون غيره، أو امرأتَه دون غيرها: صُدِّق.

ـ وإن لم تكن له نيةٌ: فهو علىٰ الطعام والشراب خاصةً.

ـ وإن قال لامرأته: أنت عليَّ كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير أو كالخمر: إن نوىٰ كذباً: فهو كذبٌ، وإن نوىٰ التحريمَ: فهو إيلاءٌ، وإن نوىٰ الطلاقَ: فهو طلاقٌ.

ـ وإن قال لها: إن فعلت كذا فأنت أُمِّي: يريد به التحريمَ: فهو باطلٌ؛ لأن التحريم إنما يكون إذا جعلها مثلَ أُمِّه.

ـ فأما إذا قال: أنتِ أُمي: فهو كذبٌ.

ـ وإن قال: أنتِ مني حرامٌ: فهو مثل قوله: أنتِ عليَّ حرامٌ.

ـ وإن قال لامرأتَيْه: أنتما عليَّ حرامٌ، ونوىٰ في إحداهما الطلاقَ،

. . . .

وفي الثانية الإيلاءَ: فهما طالقتان جميعاً؛ لأن اللفظ الواحدَ لا يُحمَل علىٰ أمرين، فإذا أرادهما: حُمِل علىٰ أغلظهما، فوقع الطلاقُ عليهما.

ـ وإن قال: هذه عليَّ حرامٌ، ينوي الطلاقَ، وهذه عليَّ حرامٌ، ينوي اليمينَ: كان علىٰ ما نوىٰ؛ لأنهما لفظان.

ـ وإن قال: أنتما عليَّ حرامٌ، ينوي في إحداهما ثلاثاً، وفي الأخرىٰ واحدةً: فهما طالقان ثلاثاً ثلاثاً؛ لِمَا بيَّنَّا أنه يُحمَل علىٰ أغلظهما، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الخُلْع

إذا تشاقَّ الزوجان، وخافا أن لا يقيما حدودَ الله: فلا بأس بأن تفتديَ نفسَها منه بمالٍ يَخْلَعُها به.

كتاب الخلع

هو في اللغة: مشتقٌّ من الانخلاع، ومنه: خَلَعَ النعلَ والقميصَ.

ـ وفي الشرع: عبارةٌ عن عقدٍ بين الزوجين، المالُ فيه من المرأة تبذُلُه، فيخلَعُها، أو يطلِّقُها.

ـ وحكمُه من جهتها: حكمُ المعاوضة، حتىٰ يجوزُ لها الرجوعُ عنه، ويَبطلُ بإعراضها.

ـ ويجوز لها فيه شرطُ الخيار، علىٰ الصحيح.

ـ ولا يصح تعليقُه بالأخطار.

ـ وحكمُه من جهة الزوج: حكمُ التعليق، أي: طلاقٌ معلَّقٌ بشرط، حتىٰ لا يصحُّ رجوعُه عنه.

ـ ولا يجوز له فيه شرطُ الخيار، ولا يَبطل بإعراضه عنه، ويصح تعليقُه بالخطر.

* قال رحمه الله: (إذا تشاقَّ الزوجان، وخافا أن لا يقيما حدودَ الله: فلا بأسَ بأن تفتديَ نفسَها منه بمالٍ، يخلَعُها به).

فإذا فَعَل ذلك : وَقَعَ بالخلع تطليقةٌ بائنةٌ، ولَزِمَها المالُ.

ـ المشاقَّة: المخالفة، والتباعدُ عن الحق، وهو أن يكون كل واحد منهما في شقٍّ علىٰ حِدَة، ولم يُدرَ من أيِّهما جاء النشوز.

ـ وحدود الله: ما يلزمُهما من موجَب النكاح، وهو ما فَرَضَه الله للزوج عليها، ولها عليه.

ـ وإنما شُرِط التشاقق؛ لأنه إذا لم يكن منها نشوزٌ، وكان ذلك منه: كُره له أن يأخذ منها شيئاً.

* قوله: (فإذا فعل ذلك: وقع بالخلع تطليقةٌ بائنةٌ).

سواء نوىٰ أو لم ينو، إذا كان في مقابلته مالٌ؛ لأنه بذكر المال في مقابلة الخلع: يتعين الانخلاعُ من النكاح مراداً، فلا يُحتاج إلىٰ النية.

ـ وإن لم يقابله مالٌ: إن نوىٰ به الطلاقَ: وقع، وإلا: فلا؛ لأنه كنايةٌ من كنايات الطلاق.

ـ وأما إذا كان في مقابلته المال: فوجود المالُ مُغْنٍ عن النية؛ لأنها لا تُسلِّم المالَ إلا لتَسْلَم لها نفسُها، وذلك بالبينونة.

ـ ثم الخلعُ عندنا: طلاقٌ.

وعند الشافعي[1]: فسخٌ.

وفائدته: إذا خالعها، ثم تزوجها بعد ذلك: عادت إليه بتطليقتين، لا غير عندنا، وعنده: بثلاث.

* قوله: (ولَزِمَها المالُ)؛ لأنه إيجابٌ وقبولٌ تقع به الفُرقة من قِبَل

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٢.

. . . .

الزوج، ويَستحقُّ العوضَ منها، وقد وُجدت الفُرقة من جهته، فلزمها المال.

ـ ولا يصح الخلع والطلاق علىٰ مالٍ إلا بالقبول في المجلس، فإن قامت من المجلس قبل القبول، أو أخذت في عملٍ آخر يدل علىٰ الإعراض: لا يصح الخلع.

ـ ويُعتبر فيه: مجلسُها، لا مجلسُه، حتىٰ لو ذهب من المجلس، ثم قَبِلت في مجلسها ذلك: صحَّ قبولُها، ووقع الطلاقُ، ولزمها المال.

ـ والخلع من جانبه: بمنزلة اليمين، لا يملك الرجوعَ عنه، ويصح تعليقُه بالأخطار.

ـ ومن جانبها: بمنزلة مبادلة المال بالمال، حتىٰ إنها تملكُ الرجوعَ عن ذلك قبل قبول الزوج، ولا يصح تعليقُه بالأخطار.

بيانه: إذا قال: خالعتُ امرأتي علىٰ ألفٍ، أو طلَّقتُها علىٰ ألفٍ، وهي غائبةٌ: يتوقف علىٰ قبولها في مجلسِ علمِها.

ـ ولو كانت هي التي قالت ذلك، وهو غائبٌ: فإنه لا يصح، حتىٰ إذا بلغه الخبرُ، فأجازه في مجلس عِلْمه: لا يجوز.

ـ قال في الكَرخي: إذا ابتدأ الزوجُ، فقال: خالعتُكِ علىٰ ألفٍ: لم يصح رجوعُه عن ذلك، ولم يَبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها.

ـ ويجوز أن يعلِّقَه بشرط، أو بوقت، فيقول: إذا جاء غدٌ فقد خالعتك علىٰ ألفٍ، وإذا قدم زيدُ: فإن قَبِلتْ قبل ذلك: لم يجز.

وإن كان النشوزُ من قِبَله : كُرِه له أن يأخذ منها عوضاً .

ـ وأما إذا ابتدأت هي، فقالت: خالعتُ نفسي عنك بألف: فذلك مثل إيجاب البيع، يجوز لها أن ترجع فيه قبل قبوله.

ـ ويبطل بقيامها عن المجلس، وبقيامه.

ـ ولا يجوز أن يتعلق بشرط، ولا وقت.

ـ وقد ذكر في «البدائع»[١]: أن الزوج إذا قال: خالعتك علىٰ ألف علىٰ أني بالخيار ثلاثاً: لم يصح خيار الشرط، ويصح الخلع إذا قَبِلت.

ـ وإن شرط الخيارَ لها، فقال: خالعتُك بألفٍ علىٰ أنك بالخيار ثلاثاً، فقَبِلت، أو شرطتْ هي لنفسها الخيارَ: جاز عند أبي حنيفة.

فإن ردَّتْه في الثلاث: بطل الخلع، وإن لم تردَّه: تمَّ؛ لأن الذي من جهتها تمليكُ المال، وشَرْطُ الخيار يجوز فيه، كالبيع.

وعندهما: لا يجوز.

ـ وألفاظ الخلع خمسةٌ: خالعتُك، بارأتُك، باينتُك، فارقتُك، طلِّقي نفسك علىٰ ألف.

ـ فإن قال: خالعتُك علىٰ ألف، فقَبِلت، فقال: لم أنوِ بذلك الطلاقَ: لم يصدَّق؛ لأن ذِكْر العوض دلالةٌ عليه.

* قوله: (فإن كان النشوز من قِبَل الزوج: كُره له أن يأخذ منها عوضاً).

---

(١) بدائع الصنائع ٣/١٤٥.

وإن كان النشوزُ من قِبَلها: كُرِه له أن يأخذ أكثرَ ممَّا أعطاها، فإن فَعَل ذلك: جاز في القضاء.

وإن طلَّقها علىٰ مالٍ، فَقبِلَتْ: وَقَعَ الطلاقُ، ولزمها المالُ، وكان الطلاقُ بائناً.

لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾. النساء/ ٢٠، إلىٰ أن قال ﴿فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾.

* قوله: (وإن كان النشوزُ من قِبَلها: كُره له أن يأخذ منها أكثرَ مما أعطاها)، يعني من المهر، دون النفقة وغيرها.

«لقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس حين جاءت إليه، فقالت: يا رسول الله! لا أنا، ولا ثابتٌ، فقال: أتَرُدِّين عليه حديقتَه؟ فقالت: نعم، وزيادة.

فقال: أما الزيادة: فلا»[(١)]، وقد كان النشوز منها.

ـ وفي «الجامع الصغير»[(٢)]: يطيبُ له الفضل أيضاً؛ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾. البقرة/ ٢٢٩.

* قوله: (فإن فعل ذلك: جاز في القضاء)، يعني إذا أخذ الزيادةَ.

ـ وكذا إذا أخذت والنشوزُ منه.

* قوله: (وإن طلَّقها علىٰ مالٍ، فقَبِلت: وقع الطلاق، ولزمها المالُ، وكان الطلاق بائناً).

---

(١) صحيح البخاري (٥٢٧٣).

(٢) ص١١٩.

وإذا بَطَلَ العوضُ في الخلع، مثلُ أن تخالع المرأةُ المسلمةُ علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ: فلا شيءَ للزوج، والفُرقةُ بائنةٌ.

وإن بطل العوضُ في الطلاق: كان رجعياً.

صورته: أنت طالقٌ بألفٍ، أو عليَّ ألفٌ.

ـ أما إذا قال: أنت طالقٌ وعليك ألفٌ، فقَبِلت: طلقت، ولا يلزمها شيءٌ عند أبي حنيفة.

ومعنىٰ المسألة: أن قبولها يوقَف علىٰ المجلس، فإن قامت منه قبل القبول: بطل، كخيار المخيَّرة.

* قوله: (وإن بطل العوضُ في الخلع، مثل أن تخالع المسلمةُ علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ أو ميتةٍ: فلا شيءَ للزوج، والفُرقة بائنةٌ).

وإنما لم يجب شيءٌ؛ لأنها ما سمَّت مالاً، ولا وجهَ إلىٰ إيجاب المسمىٰ للإسلام، ولا إلىٰ إيجاب غيره؛ لعدم الالتزام.

ـ بخلاف ما إذا خالع علىٰ خَلٍّ بعينه، فظهر خمراً؛ لأنها سمَّت مالاً، فصار مغروراً، فيجب المهر.

ـ وبخلاف ما إذا كاتَبَ أو أعتق علىٰ خمرٍ، حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولىٰ فيه متقوِّمٌ، ولم يرض بزواله مجاناً.

أما ملك البُضع في حالة الخروج غير متقوِّم، وإنما كان بائناً؛ لأن الخلع من كنايات الطلاق، والكنايات بوائن.

* قوله: (وإن بطل العوضُ في الطلاق: كان رجعياً)، هذا إذا لم يستوف عددَ الطلاق.

وما جاز أن يكون مهراً: جاز أن يكون بدلاً في الخلع.

فإن قالت له: خالِعْني علىٰ ما في يدي، فخالعها ولم يكن في يدها شيءٌ: فلا شيءَ له عليها.

ـ وإنما كان رجعياً؛ لأن صريح الطلاق إذا خلا عن العوض، ولم يوصف بالبينونة: كان رجعياً.

ـ وهذا أيضاً في الحرة، أما الأمة إذا بذلت مالاً للزوج، وطلَّقها: كان بائناً؛ لأنه يجب عليها بعد العتق.

* قوله: **(وما جاز أن يكون مهراً: جاز أن يكون بدلاً في الخلع)**.

فائدتُه: أنه يجوز الخلع علىٰ حيوانٍ مطلَقاً، فيكون له الوسط منه، وتكون المرأة مخيَّرة بين دفع عينه، أو قيمته.

ـ وإنما جاز ذلك؛ لأن الخلع عقدٌ علىٰ البُضع، فما جاز أن يثبت في النكاح: جاز أن يثبت في الخلع، إلا أنه يفارِق النكاحَ في أنها إذا سمَّت في الخلع خمراً أو خنزيراً أو ما لا قيمةَ له، فخَلَعَها عليه: لم يكن له عليها شيءٌ، وصح الخلع، وفي النكاح يلزم الزوج مهر المثل.

والفرق: أن خروج البضع من ملك الزوج غيرُ متقوِّم، ودخوله في ملكه له قيمةٌ؛ بدليل أنه إذا تزوجها ولم يسمِّ لها مهراً: ثبت لها مهر المثل بالدخول، وفي الخلع لو خالعها ولم يُسمِّ لها شيئاً، ونوىٰ الطلاقَ: طلقت، ولم يكن له عليها شيءٌ.

* قوله: **(وإذا قالت له: خالعني علىٰ ما في يدي، فخالعها ولم يكن في يدها شيءٌ: فلا شيءَ له عليها)**؛ لأنها لم تَغُرَّه، حيث لم تسمِّ له مالاً،

وإن قالت: خالِعْني علىٰ ما في يدي من مال، ولم يكن في يدها شيءٌ: رَدَّت عليه مهرَها.

وإن قالت: خالِعْني علىٰ ما في يدي من دراهم، فخالعها، ولم يكن في يدها شيءٌ: فعليها ثلاثةُ دراهم.

ولا سمَّت له شيئاً له قيمةٌ.

ـ وكذا إذا قالت: علىٰ ما في بيتي، ولم يكن في بيتها شيءٌ: صح الخلع، ولا شيءَ له.

* قوله: (**وإن قالت له: خالعني علىٰ ما في يدي من مالٍ، فخالعها، ولم يكن في يدها شيءٌ: رَدَّت عليه مهرَها**)؛ لأنها لما سمَّت مالاً: لم يكن راضياً بالزوال إلا بعوض، ولا وجهَ إلىٰ إيجاب المسمىٰ أو قيمته؛ للجهالة، ولا إلىٰ قيمة البُضع، أعني مهرَ المثل؛ لأنه غير متقوِّم حالة الخروج، فتعيَّن ما قام به علىٰ الزوج.

ـ ثم إذا وجب له الرجوعُ بالمهر، وكانت قد أبرأته منه: لم يرجع عليها بشيء؛ لأن عينَ ما يستحقه قد سُلِّم له بالبراءة، فلو رجع عليها: لرجع لأجل الهبة، وهي لا توجِب علىٰ الواهب ضماناً.

* قوله: (**وإن قالت: خالعني علىٰ ما في يدي من دراهم، أو من الدراهم، ففعل، ولم يكن في يدها شيءٌ: فله عليها ثلاثةُ دراهم**)، لأنها سمَّت الجمعَ، وأقلُّه ثلاثة.

ـ وإن وجد في يدها دراهمَ من ثلاثة إلىٰ أكثر: فهي للزوج.

وإن قالت: طلِّقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدةً: فعليها ثُلُثُ الألف.

وإن قالت: طلِّقني ثلاثاً علىٰ ألف، فطلَّقها واحدةً: فلا شيءَ عليها عند أبي حنيفة، وقالا: عليه ثلثُ الألف.

ـ وإن كان في يدها أقل من ثلاثة: فله ثلاثةٌ.

ـ وإن وقع الخلع علىٰ المهر: صحَّ، فإن لم تقبضه المرأة: سقط عنه، وإن قبضتْه: استرده منها.

ـ وإن خالعها علىٰ نفقة عِدَّتها: صح الخلع، وسقطت عنه النفقة.

* قوله: (وإن قالت: طلِّقني ثلاثاً بألفٍ، فطلقها واحدةً: فعليها ثُلُثُ الألف)؛ لأنها لما طلبت الثلاثَ بألف: فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف.

ـ وليس كذلك إذا قال لها: طلِّقي نفسَك ثلاثاً بألف، فطلقت نفسها واحدةً؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف، فلم يجز وقوعُ البينونة ببعضها.

* قوله: (وإذا قالت: طلِّقني ثلاثاً علىٰ ألفٍ، فطلَّقها واحدةً: فلا شيءَ له عليها عند أبي حنيفة)، ويملك الرجعة.

(وعندهما: هي واحدةٌ بائنةٌ بثلث الألف)؛ لأن كلمة: علىٰ: بمنزلة: الباء: في المعوَّضات، حتىٰ إن قولهم: احمل هذا المتاع بدرهم، أو علىٰ درهم: سواء.

ولأبي حنيفة: إن كلمة: علىٰ: للشرط، قال الله تعالىٰ: ﴿ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا ﴾. الممتحنة/ ١٢.

ولو قال الزوجُ: طلِّقي نفسَك ثلاثاً بألف، أو علىٰ ألف، فطلقت نفسَها واحدةً: لم يقع عليها شيءٌ من الطلاق.

ـ ومَن قال لامرأته: أنت طالقٌ علىٰ أن تدخلي الدار: كان شرطاً.

ـ وإن كان فيها معنىٰ الشرط: فالشرط لا ينقسم علىٰ عدد المشروط، وإنما يلزم المشروط عند وجود جميع الشرط، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: إن دخلت الدار ثلاثاً فأنت طالقٌ ثلاثاً، فدخلت الدار مرةً: لم يقع عليها شيءٌ؛ لعدم كمال الشرط، فكذا في مسألتنا، لمَّا لم يوجد كمال الشرط المستَحق به جميع البدل: لم يرجع عليها بشيء.

ـ وإن قالت: طلقني ثلاثاً ولك ألفٌ، فطلقها: وقع الطلاق، ولا شيء له عليها عند أبي حنيفة؛ لأنها ذكرت الألفَ غير معلَّقة بالطلاق، والطلاق لا يتوقف علىٰ عوض.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمها الألف؛ لأنه لا فرق في الأعواض بين الباء والواو، ألا ترىٰ أن مَن قال لرجل: احمل لي هذا المتاع ولك درهمٌ، فحمله: استحقَّ الدرهم، فكذا هذا.

والجواب لأبي حنيفة: أن الإجارة لا تصح بغير عوض، والطلاق بخلافه.

* قوله: (وإن قال الزوج: طلِّقي نفسك ثلاثاً بألف، أو علىٰ ألف، فطلقت نفسها واحدةً: لم يقع عليها شيءٌ من الطلاق)؛ لأنه ما رضي بالبينونة إلا لتُسلِّم له الألفَ كلَّه.

والمبارأةُ كالخلع، والخلعُ والمبارأةُ يُسقِطان كلَّ حقٍّ لكل واحدٍ من الزوجين علىٰ الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة إلا نفقة العدة.

وقال أبو يوسف: المبارأةُ تُسقِط، والخلعُ لا يُسقِط.

وقال محمد: لا يُسقطان إلا ما سمَّياه.

ـ بخلاف قولها: طلقني ثلاثاً بألفٍ؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف: كانت ببعضها أرضىٰ.

ـ ولو قالت: طلقني واحدةً بألف، فطلقها ثلاثاً: طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة بغير شيء.

وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق ثلاثاً، ويلزمها الألف.

* قوله: (والمبارأة: كالخلع).

وصورتها: أن يقول: برئت من النكاح الذي بيني وبينك علىٰ ألف، فقَبِلت.

* قوله: (والخلعُ والمبارأةُ يُسقِطان كلَّ حقٍّ لكلِّ واحدٍ من الزوجين علىٰ الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة إلا نفقة العدة).

يعني النكاح القائم حالةَ المبارأة، أما الذي قبله: لا تَسقط حقوقُه.

(وقال أبو يوسف في المبارأة: مثل قول أبي حنيفة، وأما الخلع: فهو كالطلاق علىٰ مال، لا يُسقِط إلا ما سمَّياه.

وقال محمد فيهما جميعاً: لا يَسقط إلا ما سمَّياه).

. . . .

وصورة المسألة: اختلعت منه علىٰ شيءٍ مسمًّى: عينٍ أو دينٍ، وكان المهرُ غيرَ ذلك، وهو في ذمة الزوج، وقد دخل بها أو لم يدخل: لزمها ما سمَّت له.

ولا شيءَ لها عليه من المهر عند أبي حنيفة.

وعندهما: لها أن ترجع عليه بالمهر إن دخل بها، أو بنصفه إن لم يدخل بها.

ـ ولو أنها كانت قد قبضت المهر، ثم بارأها، أو خالعها قبل أن يدخل بها علىٰ شيء: فهو جائزٌ، والمهرُ كلُّه لها، ولا يَتَّبع كلٌّ واحد منهما صاحبَه بعد الخلع والمبارأةِ بشيءٍ من المهر.

ـ وكذا لو كانت قبضتْ منه نصفَ المهر، أو أقلَّ أو أكثر، ثم اختلعت منه بدراهم مسمَّاةٍ قبل أن يدخل بها: فللزوج ما سمَّتْ له، ولا شيءَ لواحد منهما علىٰ صاحبه مما في يده من المهر.

ـ وفي «التتمة»: إذا خالعها علىٰ مالٍ معلومٍ، ولم يذكر المهرَ، وقَبِلت: هل يَسقط المهرُ؟

هذا موضع خلاف، فعند أبي حنيفة: يسقط، وعندهما: لا يسقط.

ولها أن ترجع به إن دخل بها، أو بنصفه إن لم يدخل بها.

ـ وفي «شرحه»: إذا خالعها أو بارأها علىٰ عبدٍ أو ثوب أو دراهم، وكان المهرُ غيرَ ذلك: فلا شيءَ له غير ذلك.

. . . .

ـ وإن كان قد أعطاها المهرَ: لا يرجع عليها بشيءٍ منه.

ـ وإن كان قبل الدخول، ولم يُعطها شيئاً منه: لم يكن لها عليه شيءٌ، وهذا قول أبي حنيفة.

ووافقه أبو يوسف في المبارأة، وأما في الخلع: فلم يوافِقْه، وقال: إن الخلع لا يوجِبُ ذلك.

وقال محمدٌ: في كلاهما هو كالطلاق علىٰ مال.

فأبو يوسف مع محمدٍ في الخلع، ومع أبي حنيفة في المبارأة.

ـ قال في «الينابيع»: إن كان الخلع بلفظ الخلع: برئ الزوج من كل حقٍّ وجب لها بالنكاح، كالمهر والنفقة الماضية والكسوة الماضية.

ولا تسقط عنه نفقة العدة.

ـ وإن كان بلفظ المبارأة: فكذلك أيضاً عند أبي حنيفة.

ـ فإن كانت قد قبضت مهرَها: سَلَّم لها.

وإن كانت لم تقبضه: فلا شيءَ لها علىٰ الزوج، سواء كان قبل الدخول أو بعده.

وقال أبو يوسف إن كان بلفظ المبارأة: فكما قال أبو حنيفة، وإن كان بلفظ الخلع: لم يَسقط إلا ما سمَّيا عند الخلع.

. . . .

وقال محمد: لا يَسقط إلا ما سمَّيا، سواء كان بلفظ الخلع، أو بلفظ المبارأة.

ـ فعلىٰ قوله: إن كان قبل الدخول، وقد قبضت مهرَها: وجب عليها ردُّ النصف منه.

وإن كان بعد الدخول: فهو لها، وله عليها جميع ما سمَّت.

وأجمعوا أنه إذا كان لأحدهما علىٰ صاحبه دينٌ غير المهر بسببٍ آخر: لا يسقط، وهو الذي احترز به الشيخ بقوله: من حقوق النكاح.

* **مسألة**: قال في «الواقعات»: رجلٌ تزوج بامرأةٍ علىٰ مهرٍ مسمىً، ثم طلقها طلاقاً بائناً، ثم تزوَّجها ثانياً علىٰ مهرٍ آخرَ، ثم اختلعت منه علىٰ مهرها: يبرأ الزوجُ من المهر الثاني، دون الأول، والله أعلم.

* * * * *

كتاب الظِّهَار

كتاب الظِّهار

الظِّهار: هو أن يُشبِّه امرأتَه أو عضواً من أعضائها يُعبَّر به عن جميعها أو جزءاً شائعاً منها بمَن تحرم عليه علىٰ التأبيد.

ـ وأصل ثبوته: أول سورة المجادِلة، نزلت في خَوْلة بنتِ ثعلبة امرأةٍ من الخزرج، وفي زوجها أوس بن الصامت، وهو أخو عبادة بن الصامت.

وكانت خولةُ حسنةَ الجسم، فرآها زوجُها وهي ساجدةً في صلاتها، فنظر إلىٰ عَجُزها، فلما فرغت من صلاتها: راودها عن نفسها، فأبت عليه، فغضب، وقال لها: أنتِ عليَّ كظهر أمي.

وندم بعد ذلك، ثم عاد فراودها عن نفسها، فامتنعت، وقالت: والذي نفس خولةَ بيده لا تَصِلُ إليَّ وقد قلتَ ما قلتَ حتىٰ يقضيَ الله ورسولُه بيننا، ويحكمَ الله فيَّ وفيك بحُكمه.

قالت خولة: فوقع عليَّ، فدفعتُه بما تَدفع به المرأةُ الشيخَ الكبيرَ الضعيفَ، ثم خرجتُ إلىٰ جيرتي، فأخذتُ منهم ثياباً، فلبستُها، ومضيتُ إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فوجدتُ عائشةَ تَغسل شِقَّ رأسه، فقلت: يا رسول الله! زوجي أوسُ بن الصامت تزوجني وأنا شابةٌ مرغوبٌ فيَّ، وكنتُ

. . . .

غنيةً ذاتَ مالٍ وأهلٍ، حتىٰ إذا أكل مالي، وأفنىٰ شبابي، وتفرَّق أهلي، وكبُر سنِّي، ونَثَرْتُ له بطني: ظاهَرَ مني، وجعلني كأُمِّه، ثم ندم علىٰ ذلك.

وليَ منه أولادٌ صغارٌ، إن ضممتُهم إليه: ضاعوا، وإن ضممتُهم إليَّ: جاعوا، فهل شيءٌ يا رسول الله يجمعُني وإياه؟

فقال صلىٰ الله عليه وسلم: ما أراكِ إلا قد حَرُمتِ عليه.

فقلت: يا رسول الله! ما ذَكَرَ طلاقاً، وإنه زوجي وابنُ عمي وأبو أولادي وأحبُّ الناسِ إليَّ، وهو شيخٌ كبيرٌ لا يستطيع أن يخدُم نفسَه؟

فقال صلىٰ الله عليه وسلم: حَرُمت عليه.

قالت: فجعلتُ أراجع رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، وهو يقول: حَرُمتِ عليه، حرُمتِ عليه.

فقلتُ: يا رسول الله! لا تقُلْ ذلك، فوالله ما ذَكَرَ طلاقاً.

فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ما عندي في أمرك شيءٌ، وإن نَزَلَ في أمرك شيءٌ بيَّنتُه لكِ.

فهتَفَتْ، وبكَتْ، وجعلتْ تراجعُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، ثم قالت: اللهم إني أشكو إليك شدةَ وَجْدي، وفاقتي، ووَحدتي، وما يَشقُّ عليَّ من فِراقه، ورفعتْ يدَها إلىٰ السماء تدعو وتتضرَّع.

فبينما هي كذلك: إذ تغشَّىٰ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم الوحيُ كما كان يَتغشَّاه، فلما سُرِّيَ عنه: قال: يا خولة! قد أنزل الله فيك وفي

. . . .

زوجك القرآنَ، ثم تلا قوله عزَّ وجلَّ: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَـٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِىٓ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَآ﴾. المجادلة، إلىٰ آخر الآيات.

فقالت عائشة رضي الله عنها: تبارك الذي وسع سمعُه كلَّ شيء.

ـ وقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌۢ بَصِيرٌ﴾: أي سميعٌ بمَن يُناجيه، ويتضرع إليه، بصيرٌ بمن يشكو إليه.

فقال صلىٰ الله عليه وسلم: مُرِيه فليُعتِق رقبةً.

فقالت: والله ما عنده ذلك.

فقال: مُرِيه فليصم شهرين متتابعين.

قالت: إنه شيخٌ كبيرٌ ما به من صومٍ.

قال: مُرِيه فليُطعم ستين مسكيناً وَسْقاً من تمر.

قالت: والله ما يجدُ ذلك.

فقال: إنا سنُعينه بفَرَقٍ من تمر ـ وهو مِكْتلٌ يسع ثلاثين صاعاً ـ.

قالت: وأنا أُعينُه بمثل ذلك.

فقال: افعلي، واستوصي به خيراً.

ـ وفي رواية: «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لأوس بن الصامت: هل تستطيع أن تُعتق رقبة؟ قال: لا، فإني قليلُ المال.

إذا قال الزوجُ لامرأته : أنتِ عليَّ كظهر أمي : فقد حَرُمَتْ عليه : لا يحلُّ له وطؤها، ولا لَمْسُها، ولا تقبيلُها حتىٰ يكفِّر عن ظِهاره.

قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، والله يا رسول الله، إنني إذا لم آكل في اليوم ثلاثَ مرات: كلَّ بصري، وخِفتُ أن تعشو عيني.

قال: فهل تستطيع أن تُطعِم ستين مسكيناً؟ قال: لا والله، إلا أن تُعينني يا رسول الله.

قال: إني مُعينك بخمسة عشر صاعاً، ودَاعٍ لكَ فيه بالبركة، فأعانه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بذلك(١).

* قال رحمه الله: (إذا قال الرجل لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي: فقد حرُمتْ عليه، لا يَحِلُّ له وطؤها ولا لَمْسُها ولا تقبيلُها حتىٰ يُكفِّر عن ظهاره).

يعني لا تحلُّ له أبداً إلا بنكاح، ولا بملك يمين، ولا بعد زوجٍ تزوَّجها بعد الطلاق الثلاث، ثم رجعتْ إليه حتىٰ يُكفِّر.

ـ وكذا إذا كانت زوجته أمةً، فظاهر منها، ثم اشتراها: لا تحل له حتىٰ يكفِّر.

ـ وكذا إذا كانت حرة، فارتدَّت، ولَحِقتْ بدار الحرب، ثم سُبِيت

---

(١) ينظر صحيح البخاري (مع الفتح) ١٣/٣٧٢، سنن أبي داود (٢٢١٤)، صحيح ابن حبان (٤٢٧٩)، المستدرك للحاكم ٢/٤٨١، البدر المنير ١٩/٦٣٩، وتُنظر رواياته في التعريف والإخبار ٣/٦٨.

. . . .

فاشتراها ؛ لأن الظهار يوجِبُ تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة.

ـ وكذا لا يحلُّ له أن يَنظر إلىٰ فرجها بشهوة؛ لأنه من دواعي الجماع.

ـ وكذا لا ينبغي للمرأة أن تدعه يَقربُها حتىٰ يُكفِّر؛ لأنها حرامٌ عليه، فلزمها الامتناعُ من الحرام، كما لزم الرجل.

ـ وإنما حَرُم عليه اللمس والقُبلة والنظر إلىٰ الفرج؛ لأنه من دواعي الجماع، فحرمت عليه دواعيه حتىٰ لا يقعَ فيه، كما في الإحرام.

بخلاف الحائض والصائم؛ لأنه يكثر وجودُهما، فلو حرمت الدواعي: لكان يُفضي إلىٰ الحرج، ولا كذلك الإحرام والظهار.

ـ وهذا كله في الظهار المطلَق أو المؤبد، أما في المؤقت، كما إذا ظاهر مدةً معلومةً، كاليوم والشهر والسنة: فإنه إن قربُها في تلك المدة: تلزمه الكفارة، وإن لم يقربها حتىٰ مضت المدة: سقطت عنه الكفارة، وبطل الظهار.

ـ وقوله: كظهر أمي: صريحٌ في الظهار، فيقع به الظهار، نوىٰ أو لم ينو.

ـ وإن أراد به الطلاقَ: لم يكن إلا ظهاراً، ولا يصح أن يكون طلاقاً.

ـ ولا يصح ظهار الصبي والمجنون؛ لأنه قولٌ، وأقوالُهما لا حكمَ لها، كالطلاق.

ـ وإذا ظاهر الرجلُ من امرأته، ثم ماتت: سقطت عنه الكفارة.

فإن وطئها قبل أن يُكفِّر: استغفر اللهَ تعالىٰ، ولا شيءَ عليه غيرُ الكفارة الأُولىٰ.

ولا يعاودُها حتىٰ يكفِّرَ، والعَوْدُ الذي تجب به الكفارةُ: أن يعزم علىٰ وطئها.

ـ وإن امتنع المظاهِرُ من الكفارة، فرفعته امرأتُه إلىٰ القاضي: حَبَسَه حتىٰ يُكفِّر، أو يُطلِّق.

* قوله: (فإن وطئها قبل أن يكفِّر: استغفر اللهَ تعالىٰ، ولا شيءَ عليه غير الكفارة الأُولىٰ، ولا يعاوِدُها حتىٰ يكفِّر).

ـ ولو ظاهر، ثم ارتدَّ، ثم أسلم، فتزوَّجها: فالظهار بحاله عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يكون مظاهِراً بعد الرِّدة. كذا في «الينابيع».

* قوله: (والعَوْد الذي تجب به الكفارة: أن يَعزِم علىٰ وطئها).

يعني إن الكفارة إنما تجب عليه إذا قصد وَطْئَها بعد الظهار، فإذا رضيَ أن تكون مُحرَّمة عليه، ولم يَعزِم علىٰ وطئها: لا يجب عليه الكفارة، ويجبر علىٰ التكفير؛ دفعاً للضرر عنها.

ـ فإن عزم علىٰ وطئها: وجبت عليه الكفارة.

ـ فإن عزم بعد ذلك أن لا يطأها: سقطت.

ـ وكذا إذا مات أحدُهما بعد العزم.

ـ فإن كفَّر عن ظهاره وهي مُبانةٌ، أو تحت زوج آخر: أجزاه.

وإذا قال: أنتِ عليَّ كبطن أمي، أو: كفَخِذِها، أو: كفَرْجها: فهو مظاهِرٌ.

وكذلك إن شبَّهها بمَن لا يَحِلُّ له مناكحتُها علىٰ التأبيد من . . .

ـ وإن ظاهر من امرأته مراراً في مجلسٍ واحدٍ، أو في مجالسَ متفرقةٍ: فعليه لكل ظهارٍ كفارةٌ، إذا قال ذلك في مجلس واحد.

ـ ولا يصدَّق فيما إذا قال ذلك في مجالس، بخلاف الطلاق فإنه لا يُصدق في الوجهين جميعاً.

* قوله: (وإذا قال: أنت عليَّ كبَطْن أمي، أو كفَخِذها، أو كفَرْجِها: فهو مظاهِرٌ).

ـ وكذا إذا شبَّهها بعضوٍ من أُمِّه لا يجوز له النظر إليه: فهو كتشبيهه بظهرها.

* قوله: (وكذلك إذا شبَّهها بمَن لا تَحِلُّ له مناكحتُها[1] علىٰ التأبيد من

---

(١) هكذا: «لا تَحِلُّ له مناكحتُها»: في نسخ الجوهرة كلها، وجاء في النسخ الخطية للقدوري كلها التي هي عندي، وفي كل شروحه التي هي عندي، بدءاً بالأقطع والمجتبىٰ وخلاصة الدلائل، وكذلك في الهداية، جاء النص هكذا: «بمَن لا يَحِلُّ له النظر إليها»، وقد شَرَحَ هذه العبارةَ الميداني في اللباب ٤/١٦٥ بقوله: «بمَن لا يحل له النظر إليها: نَظَرَ الزوجِ للزوجة». اهـ، وبهذا حمَّل النصَّ ليُصحِّح المعنىٰ الظاهر منه، في حين أن اللفظ الذي جاء في الجوهرة كان مناسباً جداً، وبدون تحميلٍ له لفهم معناه، وبهذا اللفظ للقدوري الذي انفرد به الإمام الحداد

محارمه، مثلُ أخته، أو عمته، أو أمه من الرضاعة.

ذوات مَحارمه، مثلُ أخته أو عمَّته أو أُمُّه من الرضاعة أو أخته من الرضاعة)؛ لأنهن حرامٌ علىٰ التأبيد.

قال الشعبيُّ: لا يصح الظهار إلا بالتشبيه بالأُمِّ.

وقال مالكٌ[1]: يصح بالتشبيه بالأجنبية.

ـ وإذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أُمُّكِ: كان مظاهراً، سواء كان مدخولاً بها أم لا.

ـ وإن قال: كظهر ابنتك: إن كانت مدخولاً بها: كان مظاهراً، وإلا: فلا.

ـ وكذا إذا شبَّهها بامرأةِ ابنه، أو امرأة أبيه: كان مظاهراً؛ لأنهما حرامٌ عليه علىٰ التأبيد.

ـ وإن شبَّهها بامرأةٍ قد زنىٰ بأُمِّها، أو بامرأةٍ قد زنىٰ بها أبوه: كان مظاهراً عند أبي يوسف؛ لأنه لا يَحلُّ له نكاحها علىٰ التأبيد.

في الجوهرة: زال إشكال ظاهر العبارة.

ومن هنا قال ابن الهمام في فتح القدير ٤/٨٩: «فعبارتُه: إذا شبَّهها بمَن لا يحل له النظر إليها...: ليست جيدة؛ لأن ظاهرها: حرمة النظر إلىٰ هؤلاء، وإنما المعنىٰ: إذا شبَّهها بجزءٍ لا يحل له النظر إليه». اهـ

(١) الشرح الصغير ١/٤٨٤.

. . . .

وقال محمد: لا يكون مظاهِراً؛ لأن هذا مختلَفٌ فيه، حتىٰ لو حكم حاكمٌ بجواز نكاحه: لم أُبطِله، فلم تَصرْ محرَّمةً علىٰ التأبيد.

وعند أبي يوسف: لو حكم حاكمٌ بجوازه: لم ينفُذ حكمه.

ـ وإن قبَّل أجنبيةً بشهوةٍ، أو نظر إلىٰ فرجها بشهوة، ثم شبَّه زوجته بابنتها: لم يكن مظاهِراً عند أبي حنيفة، ولا يُشبِه هذا الوطءَ؛ لأن الوطء أبين وأظهر.

وقال أبو يوسف: يكون مظاهِراً.

ـ وإن شبَّهها بامرأةٍ محرَّمةٍ عليه في الحال، وهي تَحِلُّ له في حالٍ آخر، مثل أخت امرأته، أو امرأةٍ لها زوجٌ، أو مجوسيةٍ: لم يكن مظاهراً.

ـ وإن شبَّهها بامرأة فُرِّق بينه وبينها بلعانٍ: لا يكون مظاهِراً، إجماعاً.

أما عندهما: فظاهِرٌ.

وكذا عند أبي يوسف وإن كانت عنده حرامٌ علىٰ التأبيد؛ لأنه لو حكَمَ حاكمٌ بجواز نكاحها: جاز.

ـ ثم الظهار إنما يكون من جانب النساء، حتىٰ لو قال: أنت علي كظهر أبي أو ابني: لا يكون مظاهِراً.

ـ وإن قال: كفرج أبي أو كفرج ابني: كان مظاهِراً.

ـ وإن قال: أنا منك مظاهِرٌ، أو قد ظاهرتُ منك: فهو مظاهرٌ.

ـ وإن قال: أنتِ مني كظهر أُمِّي، أو عندي، أو معي: فهو مظاهرٌ.

ـ ولا تكون المرأةُ مظاهِرةً من زوجها عند محمد.

وقال أبو يوسف: تكون مظاهِرةً.

وكذلك إن قال: رأسُكِ عليَّ كظهر أمي، أو: فَرْجُكِ، أو: وجهُكِ، أو: رقبتُكِ، أو: نصفُكِ، أو: ثلثُكِ.

وإن قال: أنتِ عليَّ مثلُ أمي: رُجعَ إلىٰ نيته، فإن قال: أردتُ الكرامةَ: فهو كما قال.

والفتوىٰ علىٰ قول محمد، وهو الصحيح.

وعند الحسن بن زياد: عليها كفارةُ يمين إذا وطئها؛ لأن الظهار يقتضي التحريم، فكأنها قالت: أنتَ حرامٌ، فيجب عليها كفارةُ يمين إذا وطئها.

ولمحمدٍ: أنها لا تملك التحريم، كالطلاق. كذا في «الكرخي».

* قوله: (**وكذا إذا قال: رأسُك علي كظهر أمي، أو فرجُك، أو وجهُك أو بدنُك أو رقبتُك أو نصفُك أو ثلثُك أو عُشْرك**): كان مظاهِراً؛ لأنه يُعبَّر بهذه الأشياء عن جميع البدن.

ـ وإن قال: ظهرُك عليَّ كظهر أمي، أو كبطنها أو كفرجها، أو بطنُك، أو فخذك، أو يدُك، أو رِجلُك: لا يكون مظاهراً. كذا في «الينابيع»؛ لأن هذا العضو من امرأته لا يُعبَّر به عن جميع الشخص.

وهو إنما يكون مظاهِراً إذا شبَّه امرأتَه أو عضواً منها يُعبَّر به عن جميع الشخص بمَن لا تحلُّ له علىٰ التأبيد.

* قوله: (**وإن قال: أنت عليَّ مثلُ أمي، أو كأمي: رُجع إلىٰ نيته**) عند أبي حنيفة.

* قوله: (**فإن قال: أردتُ الكرامةَ: فهو كما قال**)، وإن أراد الطلاقَ أو الظهارَ: فهو كما نوىٰ.

وإن قال : أردتُ الظهارَ : فهو ظهارٌ.

وإن قال : أردتُ الطلاقَ : فهو طلاقٌ بائنٌ.

وإن لم تكن له فيه نيةٌ : فليس بشيءٍ.

ـ وإن أراد التحريمَ: فهو إيلاءٌ.

وقال أبو يوسف: هو تحريمٌ؛ لأن الظاهر من التشبيه التحريم، وأدناه الإيلاء.

وقال محمدٌ: هو ظهار.

ـ وليس كذلك إذا قال: أنتِ علي كفرج أمي؛ لأن التشبيه بالكرامة لا يكون بالفرج، فلم يبق إلا التحريم.

* قوله: (وإن قال: أردتُ الظهارَ: فهو ظهارٌ)؛ لأنه تشبيهٌ بجميعها، وفيه تشبيهٌ بالظَّهْر، لكنه ليس بصريح، فيَفتقر إلىٰ النية.

* قوله: (وإن قال: أردتُ الطلاقَ: فهو طلاقٌ بائنٌ)؛ لأنه تشبيهٌ بالأم في التحريم، فكأنه قال: أنتِ علي حرامٌ، ونوىٰ الطلاق.

* قوله: (وإن لم يكن له نيةٌ: فليس بشيء)، هذا عندهما.

وقال محمد: يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضوٍ منها لمَّا كان ظهاراً، فالتشبيه بجميعها أَوْلىٰ.

ولهما: أنه يحتمل الحملَ علىٰ الكرامة، فلم يكن ظهاراً.

ـ وإن قال: أنت علي حرامٌ كأمي، ونوىٰ ظهاراً أو طلاقاً: فهو علىٰ ما نوىٰ؛ لأنه يحتمل الظهار؛ لمكان التشبيه، ويحتمل الطلاق؛ لمكان التحريم.

ولا يكون الظهارُ إلا من زوجته، فإن ظاهَرَ من أَمَته: لم يكن مظاهِراً.

ـ وإن نوىٰ التحريمَ لا غيرَ: كان ظهاراً أيضاً.

ـ وإن لم تكن له نيةٌ: فعلىٰ قول أبي يوسف: يكون إيلاءً، وعلىٰ قول محمد: ظهاراً.

ـ وإن قال: أنت علي حرامٌ كظهر أمي: فهو ظهارٌ عند أبي حنيفة، سواء نوىٰ ظهاراً أو إيلاءً أو طلاقاً أو تحريماً مطلَقاً، أو لم ينو شيئاً؛ لأنه صريحٌ في الظهار، فلا يَحتمل غيرَه.

وعندهما: إن نوىٰ طلاقاً: فهو طلاقٌ.

ـ وإن قال: أنت أمي: فهو كذبٌ.

* قوله: (ولا يكون الظهارُ إلا من زوجته).

لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾. المجادلة/٣، والمراد به: الزوجات؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ﴾. البقرة/٢٢٦.

سواء كانت الزوجة حرةً أو أمةً أو مدبرةً أو مكاتبةً أو أمَّ ولد أو كتابيةً.

ـ وكفارتُه: كفارة الحرة المسلمة.

* قوله: (وإن ظاهر من أمته: لم يكن مظاهِراً).

ـ وكذا من مُدبَّرته وأمِّ ولده: لا يكون مظاهراً.

ـ وإن ظاهر العبدُ أو المدبر أو المكاتب: صح ظهاره.

ـ وكفارته كفارة الحر، إلا إن التكفير بالعتق والإطعام لا يجوز منه ما لم يَعتِق.

ومَن قال لنسائه : أنتُنَّ عليَّ كظهر أمي : كان مظاهِراً من جماعتهنَّ، وعليه لكل واحدةٍ منهنَّ كفارةٌ.

ـ ولو كفَّر بهما بإذن مولاه، أو المولىٰ كفَّر بهما عنه: لا يجوز.

ـ ويجوز له التكفير بالصيام، وليس للمولىٰ أن يمنعه من ذلك؛ لأنه تعلق به حقُّ المرأة، بخلاف النذر وكفارة اليمين: فإن له أن يمنعه من ذلك؛ لأنه لم يتعلق به حقُّ آدمي.

* قوله: (ومَن قال لنسائه: أنتنَّ عليَّ كظهر أمي: كان مظاهراً من جميعهنَّ، وعليه لكل واحدةٍ منهنَّ كفارةٌ)، سواءٌ كان في مجلسٍ أو مجالس.

ـ وليس كذلك إذا آلىٰ من نسائه، فجامعهن: فإنه لا تجب عليه إلا كفارةٌ واحدة؛ لأنه أقسم بالله، وهو واحدٌ لا شريك له، وأما هنا: فالكفارة إنما تجب لرفع التحريم، والتحريم في كل واحدة منهن غير التحريم في الأخرىٰ.

ـ ولو ماتت واحدةٌ منهن: لم يَسقط التحريم عن الباقيات، بخلاف الإيلاء.

ـ وكذا إذا ظاهر من امرأة واحدة مراراً في مجلسٍ أو في مجالس: فإنه يجب لكل ظهار كفارةٌ، إلا أن ينويَ الظهارَ الأول: فتكون عليه كفارة واحدة فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن الظهار الأول إيقاعٌ، والثاني إخبارٌ، فإذا نوىٰ الإخبارَ: حُمل عليه.

وكفارةُ الظهار : عِتْقُ رقبةٍ، . . . .

ـ قال في «الينابيع»: إذا قال أردتُ التكرارَ: صُدِّق في القضاء إذا قال ذلك في مجلسٍ واحدٍ، ولا يصدق فيما إذا قال ذلك في مجالسَ مختلفة، بخلاف الطلاق: فإنه لا يُصدق في الوجهين.

ـ ولو طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ثم ظاهر منها في عدتها: صح ظهاره؛ لأنها زوجةٌ.

ـ وإن كان الطلاق بائناً: لم يصح ظهارُه؛ لأن الظهار لا يكون إلا من زوجة، وهذه ليست بزوجة؛ بدليل أنها لا تعود إليه إلا بعقدٍ جديدٍ.

ولأنها محرَّمةٌ بالطلاق، وتحريمُ الطلاق آكد من تحريم الظهار؛ لأنه يزيل الملك، ولا يرتفع بالكفارة، والظهار لا يزيل الملك، ويرتفع بالكفارة.

[كفارة الظهار :]

* قوله: (وكفارةُ الظهار: عِتْقُ رقبة)، يعني كاملة الرِّق في ملكه، مقروناً بنية الكفارة، وجنسُ ما يُبتغىٰ من المنافع قائمٌ بلا بدل.

ـ فقولنا: كاملة الرق: حتىٰ إذا أعتق نصفَ الرقبة، ثم أعتق نصفَها الآخرَ قبل أن يجامعها: يجوز عن كفارته.

وبعد ما جامعها: لا يجوز عن كفارته عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز؛ لأن عتق النصف بمنزلة عتق الكل عندهما، إذ هو لا يتجزأ عندهما.

. . . .

ـ ولو كان عبدٌ بين اثنين، أعتق أحدُهما نصيبَه عن كفارته: لا يجوز عند أبي حنيفة، سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأن العبدَ لا ينفكُّ عن السعاية في الأحوال كلها عند أبي حنيفة، فكان عتقاً بالبدل.

وعندهما: إن كان المعتِق موسراً: جاز، وإن كان معسراً: لم يجز؛ لأن يسار المعتِق يمنع سعايةَ العبد عندهما.

ـ وإن أعتق نصفَ رقبةٍ، وصام شهراً، أو أطعم ثلاثينَ مسكيناً: لا يجوز عن كفارته، فهذا معنىٰ قولنا: رقبة كاملة الرق في ملكه.

ـ وقولنا: مقروناً بالنية: فإنه إذا أعتق عبدَه ولم ينوه عن كفارته: لا يجوز عن كفارته.

ـ وكذا إذا نوىٰ عن كفارته بعد الإعتاق: لا يجوز أيضاً.

ـ ولو دخل ذو رَحِم مَحرَم منه في ملكه بلا صُنْعٍ منه، كما إذا دخل بالميراث: فإنه لا يجوز عن كفارته، بالإجماع.

وإن دخل في ملكه بصُنعه: إن نوىٰ عن كفارته وقت وجود الصنع: جاز عن كفارته عندنا.

وقال الشافعي[1]: لا يجوز.

ـ وقولنا: وجنسُ ما يُبتغىٰ من المنافع قائمٌ: فإنه إذا أعتق عبداً مقطوعَ

---

(١) تحفة المحتاج ١٩٣/٨.

فإن لم يجد: فصيامُ شهرين متتابعين، . . . .

اليدين أو الرِّجلين، أو يابس الشَّقِّ، أو مُقعَداً، أو أشلَّ اليدين، أو زَمِناً، أو مقطوعَ يدٍ واحدةٍ ورِجلٍ واحدةٍ من جانب، أو مقطوعَ إبهامي اليدين، أو مقطوعَ ثلاث أصابع من كل يد سوىٰ الإبهامين، أو أعمىً، أو معتوهاً، أو أخرسَ: لا يجوز عن كفارته.

فإن كان مقطوعَ يدٍ واحدة، أو رِجلٍ واحدةٍ، أو مقطوعَ يدٍ ورِجلٍ من خلافٍ، أو أشلَّ يدٍ واحدةٍ، أو مقطوعَ إصبعين من كل يد سوىٰ الإبهامين، أو أعورَ، أو أعشىً، أو مقطوعَ الأُذنين، أو مقطوعَ الأنف، أو عِنِّيناً، أو خَصِياً، أو مجبوباً، أو خنثىً، أو أمةً رَتقاءَ، أو قرناء: يجوز عن كفارته.

ـ وإن كان أصمَّ: يجوز، في ظاهر الرواية.

وقيل: إذا كان بحالٍ لو صِيْحَ في أُذُنه لم يسمع: فإنه لا يجوز.

ـ وقولنا: بغير بدل: فإنه إذا أعتق عبدَه علىٰ بدلٍ، ونواه عن كفارته: لا يجوز.

ـ وإن أبرأه بعد ذلك عن البدل: فإنه لا يجوز أيضاً.

ـ وكذا المريض إذا أعتق عبدَه عن كفارته، وهو لا يَخرج من ثلث ماله، فمات من ذلك المرض: لا يجوز عن كفارته وإن أجازه الورثة، فإن برئ من مرضه: جاز.

* قوله: (فإن لم يجد: فصيام شهرين متتابعين)، من قبل أن يتماسَّا.

. . . .

ـ وحَدُّ عدم الوجود: أن لا يكون في ملكه ذلك، حتىٰ لو كان له عبدٌ للخدمة: لا يجوز له الصوم إلا أن يكون زَمِناً: فيجوز.

ثم إذا كفَّر بالصيام، وأفطر يوماً لعُذرِ مرضٍ أو سفرٍ: فإنه يستأنف الصوم.

ـ وكذا لو جاء يومُ الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق: فإنه يستأنف.

ـ فإن صام هذه الأيامَ، ولم يُفطر: فإنه يستأنف أيضاً؛ لأن الصوم فيها عما وجب في ذمته لا يجوز.

ـ وإن كانت امرأةً، فصامت عن كفارة الإفطار، أو عن كفارة القتل، فحاضت أو نَفِسَت في خلال ذلك: فإنها لا تستأنف، ولكن تصلي القضاءَ بعد الحيض والنفاس؛ لأنها لا تجد صومَ شهرين لا حيضَ فيهما.

ـ فإن أفطرت يوماً بعد الحيض والنفاس: فإنها تستأنف.

ـ وإن كانت تصوم عن كفارة يمين، فحاضت أو نَفِسَت في خلال ذلك: فإنها تستأنف؛ لأنها تجد صومَ ثلاثة أيام لا حيضَ فيها.

ـ وإن صام شهرين متتابعين، ثم قدر علىٰ الإعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم: يجب العتق، ويكون صومه تطوعاً؛ لأنه قدر علىٰ المبدَل قبل فراغه من البدل، كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة.

ـ والأفضل له أن يُتِمَّ صومَ هذا اليوم، فإن لم يُتِمَّه، وأفطر: لا يجب عليه قضاؤه عندنا.

فإن لم يستطع : فإطعامُ ستين مسكيناً.

وكلٌّ ذلك قبل المَسيس.

ويجزئ في العِتْق : الرقبةُ الكافرةُ والمسلمةُ، والذكرُ والأنثىٰ، والصغيرُ والكبيرُ.

وقال زفر: يجب قضاؤه.

* قوله: (فإن لم يستطع: فإطعام ستين مسكيناً).

ولا يكون إلا علىٰ هذا الترتيب.

* قوله: (وكل ذلك قبل المسيس)، هذا في الإعتاق، والصوم ظاهرٌ؛ للنص؛ لأن الله تعالىٰ قال فيهما: ﴿ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾. المجادلة/٣.

ـ وكذا في الإطعام أيضاً عندنا.

وقال مالكٌ[1]: مَن كانت كفارته الإطعامَ: جاز أن يطأ قبله.

* قوله: (ويُجزئ في العتق: الرقبةُ المسلمةُ والكافرة، والذكرُ والأنثىٰ، والصغيرُ والكبير)؛ لأن اسم الرقبة ينطلق علىٰ هؤلاء.

والشافعي[2] يخالفنا في الكافرة، ويقول: الكفارة حقٌّ الله تعالىٰ، فلا يجوز صَرْفها إلىٰ عدوِّه، كالزكاة.

قلنا: المنصوصُ عليه عِتْقُ رقبة مطلَقاً من غير شرط الإيمان.

---

(١) هذا قولٌ عند المالكية، والمعتمد أنه لا يجوز. الشرح الصغير ١/ ٤٩٠.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٣٦٠.

ولا تجزىء العمياءُ، ولا المقطوعةُ اليدين أو الرِّجلين.

ويجوز الأصمُّ ،والمقطوعُ إحدىٰ اليدين، وإحدىٰ الرِّجلين من خلاف.

ولا يجوز مقطوعُ إبهامَيْ اليدين.

والقياس علىٰ الزكاة: قياسُ المنصوص علىٰ المنصوص، وهو لا يجوز؛ لأن مِن شَرْط صحة القياس: عدم النص في المقيس.

ـ ولا يجوز عِتْقُ الجنين؛ لأنه لا تُعرف حياته ولا سلامتُه.

* قوله: (ولا تجوز العمياءُ، ولا المقطوعةُ اليدين أو الرِّجلين)، وقد بيَّنَّا ذلك.

* قوله: (ويجوز الأصمُّ)، هذا استحسانٌ، والقياس أن لا يجوز.

ـ وهذا إذا كان بحيث إذا صِيْح عليه: يَسمع، أما إذا كان لا يسمع أصلاً، وهو الأخرص: بالصاد: لا يجزئه.

(و) يجوز (المقطوعُ إحدىٰ اليدين، وإحدىٰ الرِّجلين من خلاف).

ـ ويجوز مقطوعُ الأذنين ؛ لأنهما إنما يُرادان للزينة، والمنفعةُ قائمةٌ بعد ذهابهما.

ـ وكذا يجوز مقطوعُ الأنف؛ لأنه يراد للجمال، ومنفعةُ الشمِّ باقيةٌ.

ـ ويجوز مقطوعُ الذكر؛ لأن فَقْده أصلاً من غير قطع لا يمنع الجواز، بأن كانت أنثىٰ.

* قوله: (ولا يجوز مقطوعُ إبهامي اليدين).

احترز بذلك عن إبهامي الرِّجْلين، فإن ذلك لا يمنع الجواز.

ولا يجوز المجنونُ الذي لا يعقل.

ولا يجوز عِتْقُ المدبَّر، وأمِّ الولد، والمكاتَبِ الذي أدَّىٰ بعضَ المال، فإن أعتق مكاتَباً لم يؤدِّ شيئاً: جاز.

ـ وإنما لا يجوز مقطوعُ إبهامي اليدين؛ لأن قوة البطش والتناول تفوتُ بفقدهما، فصار فواتُهما كفوات جميع الأصابع.

ـ وكذا لا يجوز مقطوعُ ثلاثِ أصابع من كل يد؛ لفوات الأكثر من الأصابع.

ـ ولا يجوز الذاهبُ الأسنان، ولا مقطوعُ الشفتين إذا كان لا يقدر علىٰ الأكل، فإن كان يقدر عليه: جاز.

ـ ولا يجزىء الأخرس والخَرْساء؛ لأن منفعة الكلام انعدمت.

ـ ويجوز ذاهب الشعر واللحية والحاجبين؛ لأن ذلك إنما هو للزينة.

* قوله: (ولا المجنونُ الذي لا يعقل)؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل، فكان فائتَ المنافع، وأما إذا كان يُجَنُّ ويُفيق: فإنه يجزىء.

ـ وإن أعتق طفلاً رضيعاً: أجزأه.

ـ وإن أعتق مريضاً تُرجىٰ له الحياة، ويُخاف عليه الموت: أجزأه، فإن كان في حدِّ الموت: لم يجزه.

* قوله: (ولا يجوز عِتْقُ المدبر، وأمِّ الولد)؛ لأن رِقَّهما ناقصٌ، حتىٰ لا يجوزُ بيعهما.

* قوله: (ولا المكاتبُ الذي أدىٰ بعضَ المال)؛ لأن عِتْقَه ببدل.

* قوله: (فإن أعتق مكاتباً لم يؤدِّ شيئاً: جاز)؛ لأن الرق قائمٌ فيه من

وإن اشترىٰ أباه، أو ابنَه، ينوي بالشراء الكفارةَ : جاز عنها .

وإن أعتق نصفَ عبدٍ مشترَكٍ عن الكفارة، وضمن قيمةَ باقِيه، فأعتقه : لم يجز عند أبي حنيفة .

وإن أعتق نصفَ عبده عن كفارته، ثم أعتق باقِيَه عنها : جاز .

وإن أعتق نصفَ عبده عن كفارته، ثم جامع التي ظاهر منها، ثم أعتق باقِيَه : لم يجز عند أبي حنيفة .

كل جانب؛ لأنه يَقبل الانفساخ، ولم يحصل عنه عوضٌ.

ويُسلَّم للمكاتَب الأولادُ والأكساب.

ـ ويجوز عتق الآبق عن الكفارة. كذا في «شاهان».

* قوله: (فإن اشترىٰ أباه أو ابنَه ينوي بالشراء الكفارةَ: جاز عندنا)، بخلاف ما لو وَرِثَه؛ لأنه لا صُنْعَ له فيه.

* قوله: (وإن أعتق نصفَ عبدٍ مشترَكٍ عن الكفارة، وضمن قيمةَ باقِيْه، وأعتقه: لم يجز عند أبي حنيفة).

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا كان موسراً، ولا يجوز إذا كان معسراً.

* قوله: (وإن أعتق نصفَ عبده عن كفارته، ثم أعتق باقيه عنها: جاز)؛ لأنه أعتقه بكلامين، والنقصانُ متمكنٌ علىٰ ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، وذلك لا يمنع الجوازَ، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن النقصان هناك تمكَّن علىٰ ملك الشريك.

* قوله: (وإن أعتق نصفَ عبده عن كفارته، ثم جامع التي ظاهر منها، ثم أعتق باقيه: لم يجز هذا عند أبي حنيفة)؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده.

وإذا لم يجد المظاهرُ ما يُعْتِقُ: فكفارتُه صومُ شهرين متتابعين، ليس فيهما شهرُ رمضان، ولا يومُ الفطر، ولا يومُ النحر، ولا أيامُ التشريق.

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال صوم الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً: استأنف الصومَ عند أبي حنيفة ومحمد.

ـ وشَرْط الإعتاق: أن يكون قبل المسيس بالنص، قال الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾. المجادلة/٣، وإعتاقُ النصف حصل بعد المسيس.

وعندهما: يجوز؛ لأن إعتاق النصف عندهما إعتاقُ الكل، فحصل إعتاقُ الكل قبل المسيس.

وإذا لم يجز عند أبي حنيفة: استأنف عِتْقَ رقبةٍ أخرىٰ.

* قوله: (وإذا لم يجد المظاهِرُ ما يُعتِق: فكفارته صومُ شهرين متتابعين، ليس فيهما شهرُ رمضان، ولا يوم الفطر، ولا يوم النحر، ولا أيام التشريق)؛ لأن التتابع منصوصٌ عليه، وصوم هذه الأيام منهيٌّ عنه[1]، فلا ينوب عن الواجب.

* قوله: (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال صوم الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً: استأنف الصومَ عندهما).

وقال أبو يوسف: يمضي علىٰ صيامه، ولا يستأنف.

لنا: أن الله تعالىٰ أمر بصيام شهرين متتابعين، لا مسيسَ فيهما، فإذا

---

(١) تقدم في الصوم ٢/٢٥٦.

وإن أفطر يوماً منهما بعذر، أو بغير عذر: استأنف.

وإن ظاهر العبدُ: لم يُجْزِهِ في الكفارة إلا الصوم.

جامع فيهما: لم يأت بالمأمور به.

ولأن الوطء هنا لم يختص بالصوم، فأشبه الوطء في الاعتكاف.

ولا يُشبه هذا إذا وطئ في كفارة القتل نهاراً ناسياً، أو ليلاً عامداً، حيث لا يستأنف؛ لأن المنع من الوطء فيهما لمعنىً يختص بالصوم.

ولأبي يوسف: إن كل وطءٍ لا يؤثر في فساد الصوم: لا يُبطل التتابع.

دليله: الوطء ناسياً بالنهار، وعامداً بالليل في كفارة القتل.

ـ وقوله: نهاراً ناسياً: قيَّد به؛ لأنه لو كان عامداً: استأنف، إجماعاً؛ لعدم التتابع.

ـ وقيَّد بجماع التي ظاهر منها؛ لأنه لو جامع غيرَها بالنهار ناسياً، أو بالليل عامداً أو ناسياً: لم يستأنف، إجماعاً.

* قوله: (وإن أفطر في يومٍ منهما لعذرٍ، أو لغير عذر: استأنف)؛ لفوات التتابع، وهو قادرٌ عليه.

ـ فإن كانت امرأةً فحاضت أو نَفِست في خلال ذلك: لم تستأنف، وقد بيَّنَّا ذلك.

* قوله: (وإن ظاهر العبدُ: لم يُجزه في الكفارة إلا الصوم)؛ لأنه لا ملك له، وهو من أهل الصوم، فلزمه، وليس للمولىٰ أن يمنعه عنه.

فإن أعتق المولىٰ عنه، أو أطعم : لم يُجْزِه.

وإن لم يَستطع المظاهِرُ الصيامَ : أطعم ستين مسكيناً، كلَّ مسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعاً من تمر، أو شعير، . . . .

قوله: (وإن أعتق المولىٰ عنه، أو أطعم عنه: لم يُجزه).

ـ وظهار الذمي عندنا لا يصح؛ لأنه لا يصح منه الصوم.

* قوله: (وإذا لم يستطع المظاهِرُ الصيامَ: أطعم ستين مسكيناً).

المعتبر: العجز الحالي في الكفارات في جواز الانتقال، بخلاف الشيخ الفاني، حيث يُعتبر العجز فيه إلىٰ الموت.

ـ والمعتبر في اليسار والإعسار في ذلك: وقت التكفير، لا وقت الظهار، حتىٰ لو ظاهر وهو غنيٌّ، وكان وقت التكفير معسراً: أجزأه الصوم.

وإن كان وقت الظهار وهو فقيرٌ، ثم أيسر: لم يجزه الصوم.

ـ وقوله: ستين مسكيناً: سواء كانوا مسلمين أو ذميين عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز فقراء أهل الذمة.

* قوله: (كل مسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ).

ودقيقُ البُرِّ وسَوِيقُه: مثلُه في اعتبار نصف الصاع.

* قوله: (أو صاعاً من تمرٍ أو شعير).

ودقيق الشعير وسَوِيقُه: مثله.

ـ والصاع: أربعة أمناء، فإن أعطاه مَنًّاً من بُرٍّ، ومنوين من تمر أو

أو قيمةَ ذلك.

فإن غدَّاهم، وعشَّاهم: جاز، قليلاً كان ما أكلوا، أو كثيراً.

فإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً: أجزأه.

شعير: أجزأه؛ لحصول المقصود.

* قوله: **(أو قيمةَ ذلك)**؛ لأن القيمة عندنا تجزئ في الزكاة، فكذا في الكفارات، ولأن المقصود سدُّ الخَلَّة، ودَفْعُ الحاجة، وذلك يوجد في القيمة.

* قوله: **(فإن غدَّاهم وعشَّاهم جاز، قليلاً ما أكلوا أو كثيراً)**.

يعني بعد أن وَضَعَ لهم ما يُشبعهم، والمعتبر هو الشبع، لا مقدار الطعام، فلا بدَّ من أكلتين مشبِعتين، غداءً وعَشاءً، أو سُحوراً وعشاءً، أو غداءين، أو عَشاءين، أو سُحورين.

- ولا يجزئ في غير البُرِّ إلا بالإدام.

- قال في «الهداية»[1]: لا بدَّ من الإدام في خبز الشعير؛ ليمكنه الاستيفاء إلىٰ الشبع.

- وفي خبز الحنطة: لا يشترط الإدام.

- فإن كان فيهم صبيٌّ فطيم: لا يجزئ؛ لأنه لا يستوفي الأكلَ كاملاً، والمعتبر أن يكون كلُّ واحدٍ منهم يستوفي الأكلَ.

* قوله: **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً)** أكلتين مشبعتين: **(أجزأه)**.

---

(١) ٢/ ٢٢.

وإن أعطاه في يومٍ واحد : لم يُجْزِه إلا عن يومه .

وإن قَرُبَ التي ظاهر منها في خلال الإطعام : لم يستأنف .

ـ وكذا إذا أعطاه ستين يوماً كلَّ يوم نصفَ صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعاً من تمرٍ أو شعير.

* **قوله: (وإن أعطاه في يومٍ واحدٍ طعامَ ستين مسكيناً: لم يجزه إلا عن يومه ذلك).**

ـ ولو أطعم مائةً وعشرين مسكيناً دفعةً واحدةً: فعليه أن يُطعم إحدىٰ الفِرقتين أكلةً مشبِعةً أخرىٰ.

ـ وكذا إذا غدَّىٰ ستين، وعشَّىٰ ستين غيرَهم: فعليه أن يُطعم إحدىٰ الفِرقتين أكلةً مشبِعةً أخرىٰ.

* **قوله: (وإن قَرُب التي ظاهر منها في خلال الإطعام: لم يستأنف).**

كما إذا أطعم ثلاثين مسكيناً، ثم جامع امرأته: فإنه يُطعِم ثلاثين مسكيناً، والجماعُ لا ينقض الإطعام؛ لأن الله تعالىٰ لم يذكر فيه: من قبل أن يتماسَّا، إلا أنه يُمنع من المسيس قبله؛ لأنه ربما يَقدر علىٰ الإعتاق، أو الصوم، فيقعان بعد المسيس.

ـ ولو أعطىٰ ستين مسكيناً كلَّ مسكين صاعاً من الحنطة عن ظِهارين: لا يجزئه إلا عن أحدهما، في قولهما.

وقال محمد: يجزئه عنهما.

ومَن وجب عليه كفارتا ظهارٍ، فأعتق رقبتَيْن لا ينوي عن إحداهما بعَيْنها : جاز عنهما .

وكذلك إذا صام أربعةَ أشهر ، أو أطعم مائةً وعشرين مسكيناً : جاز .

وإن أعتق رقبةً واحدةً عنهما، أو صام شهرين : كان له أن يجعل ذلك عن أيَّتِهما شاء .

ـ فإن كانت الكفارتان من جنسين مختلفين: فإنه يجزئه، إجماعاً، كما إذا أطعم عن إفطارٍ وظهارٍ.

* قوله: (ومَن وجب عليه كفارتا ظهارٍ، فأعتق رقبتين لا ينوي إحداهما بعينها: جاز عنهما.

وكذلك إن صام أربعة أشهرٍ، أو أطعم مائةً وعشرين مسكيناً: جاز.

وإن أعتق رقبةً واحدةً عنهما، أو[1] صام شهرين: جاز أن يَجعل ذلك عن أيِّتهما شاء).

وقال زفر: لا يجزئه عن إحداهما في جميع ذلك، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نسخ: وصام.

كتاب اللِّعَان

إذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه بالزنا، وهما من أهل الشهادة، والمرأةُ ممن يُحَدُّ قاذفُها، أو نَفَىٰ نَسَبَ ولدِها، وطالبَتْه المرأةُ بمُوْجَب القذف: فعليه اللعان.

كتاب اللِّعان

لقَّبه باللِّعان، دون الغضب وإن كان فيه الغضبُ أيضاً؛ لأن اللعنَ من جانب الرجل، وهو مقدَّمٌ وسابقٌ، والسبقُ من أسباب الترجيح.

ـ ثم اللعان شهاداتٌ عند أبي يوسف، وعند محمد أيمانٌ فيها معنىٰ الحد.

وفائدتُه: إذا عُزِل الحاكم بعد اللعان قبل الحكم، وانتقلوا إلىٰ غيره: فعند أبي يوسف: يستأنف اللعان؛ لأنه شهادةٌ فيها معنىٰ اليمين، وعند محمد: يبني.

* قال رحمه الله تعالىٰ: (إذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه بالزنا، وهما من أهل الشهادة، والمرأةُ ممن يُحَدُّ قاذفُها، أو نفىٰ نسبَ ولدِها، فطالبَتْه بموجَب القذف: فعليه اللعانُ).

. . . .

وذلك بأن يقول لها: يا زانية، أو أنتِ زنيتِ، أو رأيتُك تزنين، أو هذا الولد من الزنا، أو ليس هو مني: فإنه يوجِب اللعان.

ـ وإن قال: جُومعتِ جماعاً حراماً، أو وُطئتِ وطئاً حراماً: فلا حدَّ، ولا لعانَ.

ـ وإنما شرط أن يكونا من أهل الشهادة؛ لأن اللعان عندنا شهاداتٌ مؤكَّداتٌ بالأيمان، مقرونةٌ باللعن، قائمةٌ مقامَ حدِّ القذف في حقه، ومقامَ حدِّ الزنا في حقها؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾. النور/٦، فسمَّاهم: شهداء، واستثناهم من جملة الشهداء، والاستثناء إنما يكون من الجنس.

وقال تعالىٰ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾. النور/٦، نصٌّ علىٰ الشهادة واليمين، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً، وهو قائمٌ مَقامَ حد القذف، وفي جانبها بالغضب، وهو قائمٌ مقامَ حدِّ الزنا.

فإذا ثبت هذا: قلنا: لا بدَّ أن يكونا من أهل الشهادة؛ لأن الركن فيه: الشهادة.

ـ ولا بدَّ أن تكون هي ممن يُحَدُّ قاذفُها؛ لأنه قائمٌ في حقه مقامَ حدِّ القذف.

ـ ولا بدَّ من إحصانها.

ـ ويجب أيضاً بنفي الولد؛ لأنه لمَّا نفاه: صار قاذفاً لها.

. . . .

ـ ومتىٰ سقط اللعان لمعنىً في الشهادة: إن كان من جانب الزوج: فعليه الحدُّ، وإن كان من جانبها: فلا حدَّ، ولا لعان.

ـ وقوله: فطالبته: إنما شرط طلبها؛ لأنه حقُّها، فلو لم تطالبه، وسكتت: لا يبطل حقُّها ولو طالت المدة؛ لأن طول المدة لا يُبطِل حدَّ القذف، ولا القصاصَ، ولا حقوقَ العباد.

ـ ولا لعانَ بين الحرِّ والأمة، ولا بين العبد والحرة؛ لأن العبد والأمة ليسا من أهل الشهادة.

ـ ولا بين المسلم والكافرة؛ لأن الأمة والكافرة لا يُحَدُّ قاذفُهما.

ـ ومِن شرائط اللعان: أن يكونا حرَّين، بالغَيْن، عاقلين، مسلمين، غيرَ محدودَيْن في قذف.

ـ وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً، سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

فإن تزوجها نكاحاً فاسداً، ثم قذفها: لم يتلاعنا؛ لأنه قذفٌ لم يصادِف الزوجيةَ، كقذف الأجنبي، ولأن الموطوءةَ بنكاحٍ فاسد: لا يُحَدُّ قاذفُها، فلا يجب عليه اللعان، كقاذف الصغيرة.

ـ قال الخُجَندي: إذا كانت المرأة صغيرةً أو مجنونةً أو كتابيةً أو أمةً أو مدبرةً أو مكاتبةً أو أمَّ ولدٍ أو محدودةً في قذفٍ أو كانت قد وُطئت وطئاً حراماً في جميع عمرها مرةً، أو خرساءَ: فلا حدَّ ولا لعانَ؛ لأن اللعان سقط لمعنىً من جهتها.

. . . .

ـ وكذا إذا كانا صبيَّيْن أو مجنونين أو أخرسين أو مملوكين أو كافرين.

ـ فإن كانا أعميين أو فاسقين: يجب اللعان؛ لأنهما من أهل الشهادة في بعض الأحكام، ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهما، ولأن الأعمىٰ من أهل الشهادة فيما طريقُه الاستفاضة، كالموت والنكاح والنسب.

ـ وإن كانا محدودَيْن في قذفٍ: يجب علىٰ الزوج الحدُّ؛ لأن اللعان سقط من جهته، إذ البداءة به.

ـ وإن كانت المرأةُ حرَّةً عفيفةً، وكان الزوج عبداً أو محدوداً في قذف: فعليه الحد؛ لأن قذفها صحيحٌ، وقد سقط اللعان لمعنىً من جهته، وهو أنه لا يصح منه اللعان.

ـ ومتىٰ كان الزوج ممن لا يصح قذفُه، كالصبي والمجنون، والزوجةُ ممن يُحَدُّ قاذفها: فلا لعان؛ لأن قذفَه لم يصح.

ـ وإن كان الزوج حراً مسلماً عاقلاً غيرَ محدود في قذف، وهي أمةٌ أو كافرةٌ أو صغيرةٌ أو مجنونةٌ أو زانيةٌ: فلا حدَّ، ولا لعانَ؛ لأن قذفها ليس بقذفٍ صحيح.

ـ وإن كانت حرةً مسلمةً عفيفةً، إلا أنها محدودةً في قذف: فلا حدَّ، ولا لعانَ؛ لأن القذف صحيحٌ، وإنما سقط اللعان لمعنىً من جهتها، وهو أنها ليست من أهل الشهادة، فلا يجب اللعان ولا الحد.

فإن امتنع منه : حبَسَه الحاكمُ حتىٰ يلاعِنَ، أو يُكذِّبَ نفسَه : فيُحَدَّ.

فإن لاعَنَ : وَجَبَ عليها اللعانُ، فإن امتنعت : حَبَسَها الحاكمُ حتىٰ تلاعِنَ، أو تصدِّقَه.

ـ وإن كان كلاهما محدودين في قذفٍ، فقَذَفَها: فعليه الحد؛ لأن اللعان سقط لمعنىً في الزوج؛ لأن البداءة به.

ـ وقوله: والمرأةُ ممن يُحَدُّ قاذفها: يُحترز مما إذا كانت من أهل الشهادة، إلا أنها لا يُحَدُّ قاذفُها بأن كان لها ولدٌ لا يُعرَف له أبٌ: فهذه لا يجب بقذفها لعانٌ.

* قوله: (فإن امتنع منه: حَبَسَه الحاكمُ حتىٰ يلاعِن، أو يكذِّبَ نفسَه: فيُحَدَّ)؛ لأن اللعان حقٌّ مستَحقٌّ عليه، وهو قادرٌ علىٰ إيفائه، فيُحبس حتىٰ يأتيَ به، أو يُكذِّب نفسَه؛ ليرتفع الشَّيْن.

فإن أكذب نفسَه: حُدَّ حَدَّ القذف.

* قوله: (فإن لاعن: وجب عليها اللعانُ، فإن امتنعت: حَبَسَها الحاكمُ حتىٰ تلاعن، أو تُصدِّقه: فتُحَدَّ)، يعني حدَّ الزنا.

قالوا: هذا غَلَطٌ من النُّسَّاخ[1]؛ لأن تصديقها إياه: لا يكون أبلغ من إقرارها بالزنا، وثَمَّ لا تُحدُّ بمرةٍ واحدة، فها هنا أَوْلىٰ.

---

(١) أي لفظ: فتُحدُّ: فقد جاءت هذه الزيادة غلطاً من النسَّاخ في بعض نسخ القدوري، كما قال المؤلف الحداد، وقد أثبتُّ في طبعتي لمختصر القدوري الصواب، أي بدون هذه الزيادة، كما هو في نُسخٍ نفيسةٍ قديمة: ٦١١هـ، و٦٤٩هـ، و٧٢٧هـ، ٧٦٨هـ، و٨٤٠هـ، وينظر اللباب ١٨٥/٤.

وإذا كان الزوجُ عبداً، أو كافراً، أو محدوداً في قَذْفٍ، فقَذَفَ امرأتَه : فعليه الحدُّ.

ـ وإن صدَّقته عند الحاكم أربع مرات: لا تُحدُّ أيضاً؛ لأنها لم تصرِّح بالزنا، والحدُّ لا يجب إلا بالتصريح.

ـ وإنما بُدِئ في اللعان بالزوج؛ لأنه هو المدعي.

* قوله: (**وإذا كان الزوجُ عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذفٍ، فقَذَفَ امرأتَه: فعليه الحدُّ**)؛ لأنه تعذَّر اللعان بمعنىً من جهته، فيُصار إلىٰ الواجب الأصلي، وهو الثابت بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾. النور/٤. الآية، واللعانُ خَلَفٌ عنه.

ـ وصورة كون الزوج كافراً: بأن كان الزوجان كافرين، فأسلمت المرأةُ، فقذفها بالزنا قبل عَرْض الإسلام عليه، أو نفىٰ نسبَ ولدها: فإنه يجب عليه الحدُّ.

ـ فإن أُقيم عليه بعضُ الحد، ثم أسلم، فقذفها ثانياً:

قال أبو يوسف: أُقيم عليه بقيةَ الحد، ثم تلاعنا.

وقال زفر: لا لعانَ بينهما.

ـ وهذا بناءً علىٰ أن شهادة القاذف إنما تبطل بعد كمال الحد.

وعند زفر: تبطل بأول سَوْط.

وإن كان الزوجُ من أهل الشهادة، وهي أَمَةٌ، أو كافرةٌ، أو محدودةٌ في قذفٍ، أو كانت ممَّن لا يُحَدُّ قاذفُها : فلا حدَّ عليه في قَذْفِها، ولا لعانَ .

وصِفَةُ اللعان : أن يبتدئ القاضي بالزوج، فَيَشْهَدَ أربعَ مرَّاتٍ، يقولُ في كل مرَّةٍ : أشهدُ بالله إني لمن الصادقين فيما رَمَيْتُها به من الزنا .

ثم يقولُ في الخامسة : إن لعنةَ الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ويشيرُ إليها في جميع ذلك .

ـ وقيَّد بقوله: أو محدوداً في قذف: إذ لو كان محدوداً في زناً، أو شُرْب خمرٍ: فإنه يلاعن.

* قوله: (**وإن كان الزوجُ من أهل الشهادة، وهي أمةٌ أو كافرةٌ أو محدودةٌ في قذفٍ، أو كانت ممن لا يُحَدُّ قاذفُها**)، بأن كانت صبيةً أو مجنونةً أو زانيةً: (**فلا حدَّ عليه في قذفها، ولا لعانَ**).

لأن القذف قد صحَّ من جهته، وإنما سقط موجَبه لمعنىً من جهتها؛ لأنها ليست من أهل الشهادة، ولا محصَنَة، فصار كما لو صدَّقته.

ـ وكذا إذا كانت مدبرةً أو مكاتبةً أو أمَّ ولدٍ، أو خرساء.

* قوله: (**وصفة اللعان: أن يبتدئ القاضي بالزوج، فيَشهدَ أربعَ شهادات بالله، فيقول في كل مرةٍ: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا.**

ثم يقول في الخامسة: إن لعنةَ الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ويُشير إليها في جميع ذلك).

ثم تشهدُ المرأةُ أربعَ مرَّاتٍ، تقولُ في كل مرَّةٍ: أشهدُ باللهِ إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقولُ في الخامسة: إنَّ غَضَبَ الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا.

فإذا تلاعَنَا: فَرَّقَ القاضي بينهما، . . . .

إلىٰ أن قال[1]: ويشير إليها: إنما شرط الإشارة؛ لزوال الاحتمال؛ لأنه قد يقصد غيرَها بذلك.

* قوله: (ثم تشهد المرأةُ أربعَ شهادات بالله)، يعني وهي قائمةٌ.

- وكذا الرجل يلاعِن وهو قائمٌ.

وفي «الكرخي»: القيامُ ليس بشرطٍ، وإنما هو أشهرُ وأبلغ.

* قوله: (تقولُ في كل مرة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقولُ في الخامسة: إن غضبَ الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا).

- إنما ذكر الغضبَ في جانبها؛ لأن النساء يستعملن اللعنَ كثيراً، فيكون ذِكْر الغضب أدعىٰ لهن إلىٰ الصدق.

- ثم اللعانُ يتوقف علىٰ لفظ الشهادة عندنا، حتىٰ لو قال: أحلف بالله إني لمن الصادقين، أو قالت هي ذلك: لم يصح اللعان.

* قوله: (فإذا تلاعنا: فرَّق الحاكمُ بينهما).

---

(١) أتىٰ المصنف هنا بجزء من المتن، وقد أكملتُه ليتصل الكلام ويُعرف.

. . . .

ولا تقع الفُرقة حتىٰ يقضيَ بالفُرقة علىٰ الزوج، فيفارقها بالطلاق، فإن امتنع من ذلك: فرَّق القاضي بينهما.

ـ وقبل أن يفرِّق الحاكم: لا تقع الفرقة، والزوجية قائمةٌ، يقع طلاق الزوج عليها، وظِهاره، وإيلاؤه، ويجري التوارثُ بينهما إذا مات أحدهما.

وقال زفر: إذا فرغا من اللعان: وقعت الفرقة من غير تفريق القاضي.

ـ ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته، أو امتنع أحدُهما: أجبرهما الحاكمُ عليه.

ـ ولو أنها جُنَّت بعد ما التعن الزوج قبل أن تلتعن هي: سقط اللعان، ولا حدَّ.

ـ ولو أنهما لما فرغا من اللعان، سألا القاضي أن لا يُفرِّق بينهما: لم يُجبهما إلىٰ ذلك، ويُفرِّق بينهما.

ـ ولو أن القاضي بدأ بلعان المرأة، ثم بعد ذلك بالزوج، فإنه ينبغي له أن يأمر المرأة أن تلتعن ثانياً، فإن لم يأمرها، وفرَّق بينهما: تقع الفرقة.

ـ ولو أنهما التعنا، فلم يُفرِّق بينهما حتىٰ مات، أو عُزل، ونُصِّب غيرُه: فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمدٌ: لا يستقبل.

ـ ولو قذفها الزوجُ، فلم يلتعنا حتىٰ طلَّقها ثلاثاً، أو تطليقةً بائنة: فلا حدَّ ولا لعانَ؛ لأن اللعان تَعذَّر من طريق الحكم؛ لأن اللعان موضوعٌ لقطع الفراش، وقد انقطع بالطلاق، فلا معنىً للعان.

وكانت الفرقةُ تطليقةً بائنةً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تكون تحريماً مؤبَّداً.

ـ وإن كان الطلاق رجعياً: تلاعنا؛ لأن الزوجية باقيةٌ.

ـ وإن تزوجها بعد الطلاق، فأخذَتْه بذلك القذف: فلا حدَّ، ولا لعان؛ لأن كل واحدٍ من النكاحين ينفرد بحقوقه عن الآخر، واللعان من أحكام النكاح الأول، فلم يجز أن يتلاعنا في نكاحٍ بقذفٍ في نكاحٍ آخر.

ـ قال الخُجَندي: إذا قذفها، ثم أبانها: فلا حدَّ، ولا لعان.

أما سقوط الحد: فلأن القذف أوجب اللعانَ، وأما اللعان: فلأن الزوجية قد زالت.

ـ وإن قذفها، ثم طلقها طلاقاً رجعياً: تلاعنا؛ لقيام الزوجية.

ـ وإن طلقها طلاقاً بائناً، ثم قذفها بالزنا: فعليه الحد؛ لأنها أجنبيةٌ.

ـ وإن قال لامرأته: يا زانية أنت طالقٌ ثلاثاً: فلا حدَّ عليه، ولا لعان؛ لأن اللعان سقط بزوال الملك؛ لأن من شرط اللعان: الزوجيةُ، وقد زالت بالطلاق، وإذا سقط اللعان من طريق الحكم: لم ينتقل إلىٰ الحد.

ـ ولو قال: أنت طالقٌ ثلاثاً يا زانية: وجب عليه الحدُّ؛ لأنه قَذَفَها بعد الإبانة.

* قوله: (**وكانت الفُرقةُ تطليقةً بائنةً عند أبي حنيفة ومحمد**)؛ لأنها بتفريق القاضي، كما في العِنِّين، ولها النفقة والسكنىٰ في عدتها، ويثبت نسبُ ولدها إلىٰ سنتين إن كانت معتدةً، وإن لم تكن معتدة: فإلىٰ ستة أشهر.

* قوله: (**وقال أبو يوسف: تحريماً مؤبداً**).

وإن كان القذفُ بولدٍ : نَفَىٰ القاضي نسبَه، وألحقه بأمه .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[١].

وهما: يقولان معنىٰ الحديث: ما داما متلاعنين، فأما إذا كذَّب نفسَه: لم يبق التلاعن بعد الإكذاب.

* قوله: (وإن كان القذف بولدٍ: نفىٰ القاضي نسبَه، وألحقه بأُمِّه).

ـ ويشترط في نفي الولد: أن تكون المرأةُ من أهل الشهادة، من حين العُلوق إلىٰ حين الوضع، حتىٰ لو كانت كتابيةً أو أمةً حين العلوق، ثم أسلمت، أو أُعتقت: لا يصح نفيُ الولد؛ لأنها لما علقت، وليست من أهل اللعان: ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ، فلا يتغيَّر بعد ذلك بتغيُّر حالها؛ لأن ولد الزوجة لا ينتفي إلا باللعان.

ـ ولو نفىٰ ولدَ الحرة، فصدَّقته: فلا حدَّ علىٰ الزوج، ولا لعانَ، وهو ابنهما، لا يُصدَّقان علىٰ نفيه؛ لأن النسب حقٌّ للولد، والأمُّ لا تملك إسقاط حقوق ولدها.

ولا يجوز أن يلاعنها مع تصديقها له في القذف، ألا ترىٰ أنه يستحيل أن تشهد[٢] بالله إنه لمن الكاذبين وقد قالت: إنه صادقٌ.

---

(١) سنن أبي داود (٢٢٥٠)، قال ابن حجر في الدراية ٢/٧٦: إسناده لا بأس به، وقال صاحب التنقيح: إسناده جيد، وينظر البدر المنير ٢٠/٤٠.

(٢) وفي نُسخ: يشهد.

فإن عاد الزوجُ، فأكذب نفسَه : حَدَّه القاضي، وحَلَّ له أن يتزوجها.
وكذلك إن قَذَفَ غيرَها : فحُدَّ، أو زَنَت : فحُدَّت.

ـ وصورة اللعان بنفي الولد: أن يأمر الحاكمُ الزوجَ، فيقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُكِ به من نفي الولد.

ـ وكذا في جانب المرأة.

ـ ولو قذفها بالزنا، ونفي الولد: ذَكَرَ في اللعان الأمرين، ثم ينفي القاضي نسبَ الولد، ويُلحِقُه بأمه، فيقول: قد ألزمتُ الولدَ أُمَّه، وأخرجتُه من نسب الأب.

ـ ثم إنه بعد ما قطع نسبَه من الأب: جميعُ أحكام نَسَبِه باقيةٌ من الأب، سوىٰ الميراث والنفقة، حتىٰ إن شهادة أحدهما للآخر: لا تُقبل، ودفعُ زكاة أحدهما إلىٰ الآخر: لا تجوز، وإن كانت ابنةً: فتزويجه لها لا يجوز، ولا يجوز تزويج الولد لبنت الزوج.

ـ ولا يجوز لأحدٍ غير الملاعِن أن يدَّعيَ الولد المنفيَّ وإن صدَّقه الولد.

* قوله: (فإن عاد الزوجُ فأكذب نفسَه)، بأن قال: كنتُ كاذباً فيما رميتُها به من الزنا: (حُدَّ حَدَّ القذف، وحَلَّ له أن يتزوجها)، وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا تحلُّ له؛ لأنها قد حرمت حرمةً مؤبدة.

* قوله: (وكذلك إن قَذَفَ غيرَها: فحُدَّ)؛ لأنه خرج بذلك من أن يكون من أهل الشهادة.

* قوله: (وكذلك إذا زَنَتَ: فحُدَّت)؛ لأنها تخرج بذلك من أهل

وإذا قَذَفَ امرأتَه وهي صغيرةٌ، أو مجنونةٌ : فلا لعانَ بينهما، ولا حدَّ.

الشهادة، وتصير ممن لا يُحَدُّ قاذفُها.

ـ وصورتُه: أن تكون بِكراً وقت اللعان، أو تكون محصَنَةً، ثم ترتد، ثم تلحق بدار الحرب، ثم تُسبىٰ، وتُسلم، وتزني: فحَدُّها في الوجهين: الجلدُ.

ـ فيكون قول الشيخ: أو زَنَتْ: فحُدَّت: أي زَنَتْ قبل الدخول بها، أما بعده: فلا يُتصوَّر الجلد، إلا أن ترتدَّ، وتلحق، وتُسبىٰ، ثم تسلم، وتزني.

ورواية الفقيه ابن دَعَّاس[1]: زُنِّت: بالتشديد: أي قُذفت.

* قوله: (وإذا قذف امرأتَه، وهي صغيرةٌ أو مجنونةٌ: فلا لعانَ بينهما)؛ لأنهما لا يُحدُّ قاذفُهما لو كان أجنبياً، ولأن الصغيرة يستحيل منها الزنا، وكذلك المجنونة؛ لأن أفعالها ليست بصحيحة.

ـ وإن قال لامرأته: زنيتِ وأنت صغيرةٌ أو مجنونةٌ: فلا حدَّ، ولا لعانَ؛ لأنه أضاف اللعان إلىٰ حالةٍ لا يصح منها فيها فعلُ ذلك.

ـ وإن قال: زنيتِ وأنت أَمَةٌ أو كافرةٌ: كان عليه اللعان؛ لأنه صار قاذفاً لها في الحال بزناً يُتصوَّر منها.

---

(١) أبو بكر بن عمر بن إبرهيم دعاس الفارسي، أبو العتيق ت ٦٦٧هـ. الطبقات السنية (٢٨١٣)، وذكره القرشي في الجواهر ١٨/٤ في الكنىٰ.

ويستفاد من نص الحداد هنا أن ابن الدعاس هذا هو أحد رواة مختصر القدوري.

وقَذْفُ الأخرس لا يتعلق به اللعانُ.

وإذا قال الزوجُ : ليس حَمْلُكِ مني : فلا لعانَ.

وإذا قال : زنيتِ، وهذا الحملُ من الزنا : تلاعَنَا، ولم يَنْفِ القاضي الحملَ عنه.

ـ وإن قال لها: زنيتِ قبل أن أتزوجك: كان عليه اللعان؛ لأنه يصير قاذفاً لها في الحال بزناً يُتصوَّر منها، يدلُّ عليه: أن مَن قال لرجل: زنيتَ من منذ خمسين سنة: كان قاذفاً له، ووجب عليه الحدُّ وإن كان سنُّ القائل عشرين سنة؛ لأنه يصير قاذفاً له في الحال، كذلك هذا.

* قوله (وقَذْف الأخرسِ لا يتعلق به لعانٌ)؛ لأنه لا يأتي بصريح لفظ الزنا، وإنما يُستدلُّ عليه بالإشارة، فهي كالكتابة.

* قوله: (وإذا قال الزوجُ: ليس حملُك مني: فلا لعانَ).

هذا قول أبي حنيفة وزفر؛ لأنه لم يُتيقَّن بقيام الحمل، فلم يصر قاذفاً.

وعندهما: إن جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر: فهو قاذفٌ، ويُلاعِن؛ لأنا تيقَّنَّا وجودَه عند القذف.

قلنا: إذا لم يكن قاذفاً في الحال: صار كالمعلَّق بالشرط، فكأنه قال: إن كان بك حَمْلٌ فليس مني، والقذف لا يصح تعليقُه بالشرط.

ـ وإن جاءت به لستة أشهر: فلا لعانَ؛ لأنه لا يُتيقَّن وجودُه عند القذف، فلا يُلاعِن بالشك.

* قوله: (وإذا قال: زنيتِ، وهذا الحَمْلُ من الزنا: تلاعنا، ولم ينف القاضي الحَمْلَ عنه)؛ لأنه قَذَفَها بصريح الزنا، فوجب عليه اللعان.

وإذا نفىٰ الرجلُ ولدَ امرأته عَقِيبَ الولادة، أو في الحال التي تُقْبَل التهنئة فيها، وتُبتاع له آلةُ الولادة : صحَّ نفيُه، ولاعَنَ به.

وإن نفاه بعد ذلك : لاعَنَ، وثَبَتَ النسبُ.

ـ وأما الولد: فلا ينتفي نسبُه؛ لأن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة؛ لتمكُّن الاحتمال قبله، ألا ترىٰ أنه لا يُحكم باستحقاقه للميراث والوصية؛ لأنه مجهولٌ: يجوز أن يكون، ويجوز أن لا يكون، فلا يصح نفيُه.

ـ وأما ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام لاعَنَ بين هلالٍ وبين امرأته وهي حاملٌ، وألحق الحَمْلَ بأُمِّه»[1]: فهو محمولٌ علىٰ أنه عَرَفَ قيامَ الحمل وَحْياً، ونحن لا نعلم ذلك.

* قوله: **(وإذا نفىٰ الرجلُ ولدَ امرأته عَقِيب الولادة، أو في الحال التي تُقبل التهنئةُ فيها، وتُبتاع له آلةُ الولادة: صحَّ نفيُه، ولاعَن به، وإن نفاه بعد ذلك: لاعَن، وثبت النسبُ)**.

ـ اعلم أن المولود في فراش الزوجة لا ينتفي إلا باللعان.

ـ والفراشُ ثلاثةٌ: قويٌّ، ووسطٌ، وضعيفٌ:

١ـ فالقويُّ: فراشُ المنكوحة: يثبت النسب فيه من غير دِعوة، ولا ينتفي إلا باللعان.

٢ـ والضعيفُ: فراش الأمة: لا يثبت النسب فيه إلا بالدِّعوة.

---

(١) سنن أبي داود (٢٢٥٦)، مسند أحمد (٢١٣١)، وينظر صحيح البخاري (٤٧٤٨)، صحيح مسلم (١٤٩٦)، نصب الراية ٢٥١/٣.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصحُّ نفيُه في مدة النفاس.

٣ـ والوسط: فراشُ أمِّ الولد: يثبت فيه النسبُ من غير دِعوة، وينتفي من غير لعان.

ـ وإذا نفىٰ ولدَ الزوجة، بأن قال: ليس هو مني، أو هو من الزنا، وسقط اللعان بوجهٍ من الوجوه: فإنه لا ينتفي نسبُه أبداً.

ـ وكذا إذا كانا من أهل اللعان، ولم يتلاعنا: فإنه لا ينتفي نسبه.

ـ فإذا ثبت هذا: قلنا: إذا نفاه عقيب الولادة: صح نفيُه، ولاعَن به عند أبي حنيفة، يعني ما لم يظهر منه اعترافٌ، أو دلالةٌ علىٰ الاعتراف.

ولم يؤقِّت أبو حنيفة في مدة النفي وقتاً، وإنما هو مُفوَّضٌ إلىٰ رأي الإمام.

وذكر أبو الليث أن له نفيَه إلىٰ ثلاثة أيام.

وروىٰ الحسن: إلىٰ سبعة أيام، وهو ما بين الولادة إلىٰ العقيقة، وهذا غير صحيح؛ لأنه تقديرٌ لا دليل عليه.

* قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيُه في مدة النفاس).

ـ وهذا إذا كان الزوج حاضراً، أما إذا ولدت وهو غائبٌ، ولم يَعلم حتىٰ قدم: فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما تُقبل فيه التهنئة بعد قدومه.

وعندهما: في مقدار مدة النفاس بعد قدومه أيضاً.

ـ وقد قالوا: في ولد الزوجة إذا هُنِّئ به، فسكت: كان اعترافاً.

وإذا ولدت ولَدَيْن في بطنٍ واحدٍ، فنفىٰ الأولَ، واعترف بالثاني: ثبت نَسَبُهما، وحُدَّ الزوجُ.

وإن اعترف بالأول، ونفىٰ الثاني: ثَبَتَ نَسَبُهما، ولاعَنَ به الحاكمُ.

ـ وإن هُنِّئ بولد الأمة، فسكت: لم يكن اعترافاً؛ لأن نسب ولد الزوجة يثبت بالفراش، وإنما يُترقَّب النفي من الزوج، فإذا سكت عند التهنئة: صار بذلك معترِفاً.

وأما ولد الأمة: فلا يثبت بالفراش؛ لأنه لا فراشَ لها، وإنما يثبت بالدعوىٰ، فالسكوت لا يقوم مقامَ الدعوىٰ.

ـ وولد أم الولد: كولد الزوجة؛ لأن لها فراشاً.

* قوله: (وإذا ولدت ولدَيْن في بطنٍ واحدٍ، فنفىٰ الأولَ، واعترف بالثاني: ثبت نسبُهما، وحُدَّ الزوجُ، ولا لعانَ)؛ لأنهما توأمان خُلِقَا من ماءٍ واحدٍ، وحُدَّ الزوجُ؛ لأنه أكذَبَ نفسَه بدعوىٰ الثاني.

والأصل: أن الحمل الواحد لا يجوز أن يَثبت بعضُ نسبه، دون بعض؛ لأنهما حَمْلٌ واحدٌ، فهو كالولد الواحد.

* قوله: (وإن اعترف بالأول، ونفىٰ الثاني: ثبت نسبُهما، ولاعَن[1])؛ لأنهما حملٌ واحدٌ.

ـ فإذا اعترف بالأول: ثبت نسبُه، فلا يصح نفيه للثاني، فثَبَتَا جميعاً، وعليه اللعان؛ لأنه صار قاذفاً للزوجة بنفي الثاني، ولأنه لما أقرَّ بالأول،

---

(١) وفي نسخة القدوري ٧٤٥هـ: لاعن به الحاكم.

. . . .

ونفىٰ الثاني: كان نفيُه للثاني رجوعاً، فلم يصحَّ رجوعُه عن إقراره بالأول.

ـ وإن ولدت أحدَهما ميتاً، فنفاهما: لاعَن، ولزمه الولدان.

ـ وإن نفاهما، ثم مات أحدُهما قبل اللعان: فإنه يُلاعِن، ويلزمه نسبُهما جميعاً.

أما ثبوت النسب: فلأن الميت منهما لا يصح نفيُه؛ لأن ذلك حكمٌ عليه، والميت لا يُحكم عليه إذا لم يَحضر له خصمٌ، والثاني ليس بخصم عنه.

ـ وأما اللعان: فعند أبي يوسف: يسقط؛ لأن المقصود به نفي النسب، وقد تعذَّر ذلك بموته، فلم يكن في اللعان فائدة.

وعند محمد: لا يسقط ؛ لأن اللعان قد ينفرد عن نفي النسب. كذا في «الخُجَندي».

ـ وإن جاءت بثلاثةِ أولادٍ في بطنٍ واحدٍ، فأقرَّ بالأول، ونفىٰ الثاني، وأقرَّ بالثالث: لاعن.

ـ وإن نفىٰ الأولَ والثالثَ، وأقرَّ بالثاني: يُحَدُّ، وهم بنوه. كذا في «الوجيز». والله أعلم.

* * * * *

فهرس الموضوعات

* * * * *